

KARLA MARIA TREVIZANI

AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier.

CURITIBA

2001

KARLA MARIA TREVIZANI

AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Pedro Henrique Xavier.

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

KARLA MARIA TREVIZANI

AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Professor Pedro Henrique Xavier

Professor Romeu Felipe Bacellar Filho

Professora Ângela CÁssia Costaldello

Curitiba, 05 de novembro de 2001.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1

CAPÍTULO 1 - A REFORMA DO ESTADO 4

1. 1. O PÊNDULO SERVIÇO PÚBLICO - EMPRESA PRIVADA E A TENDÊNCIA ATUAL 4

1. 2. PASSAGEM DO MODELO BUROCRÁTICO DE GESTÃO PARA A “ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL”: POLÍTICA DE DESCENTRALIZAÇÃO E A EMENDA CONSTITUCIONAL 19/98 10

1. 3. O SURGIMENTO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS 14

1. 4. OUTROS ENTES REGULADORES NO DIREITO BRASILEIRO 23

CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA..... 26

2. 1. FUNÇÃO DOS PRINCÍPIOS: NORMAS JURÍDICAS E AUXÍLIO NO ATO DE CONHECIMENTO 26

2. 2. INCLUSÃO DA “EFICIÊNCIA” COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DAS ATIVIDADES DO ESTADO 29

2. 3. ESTADO DE DIREITO, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO..... 31

2. 4. O CONTEÚDO DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 34

CAPÍTULO 3 - ATUALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS..... 40

3. 1. ASPECTOS GERAIS SOBRE A EXPERIÊNCIA NORTE-AMERICANA..... 40

3. 2. A REGULAÇÃO E OS DESAFIOS À ATIVIDADE DAS AGÊNCIAS 43

3. 3. NATUREZA JURÍDICA: AUTARQUIAS SOB REGIME ESPECIAL 50

CAPÍTULO 4 - AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA 56

4. 1. PRESSUPOSTO: SUBMISSÃO AO REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO 56

4. 2. PREMISSAS PARA A EFICIÊNCIA..... 59

4. 2. 1. *Independência decisória* 59

4. 2. 2. *Independência de objetivos*..... 69

4. 2. 3. *Independência de instrumentos* 72

4. 2. 4. *Independência financeira* 77

4. 3. AS CONTRATAÇÕES: ASPECTOS GERAIS SOBRE O PREGÃO E A CONSULTA 80

4. 4. CONTRATOS DE GESTÃO E “CONTROLE DE RESULTADOS” 84

4. 5. CONTROLE FINANCEIRO: FISCALIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS 88

4. 6. A ARTICULAÇÃO ENTRE AS AGÊNCIAS REGULADORAS E O CADE..... 91

4. 7. PODER DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS, CONTROLE JUDICIAL E REGULAÇÃO EFICIENTE 94

4. 8. CONTROLE SOCIAL: PARTICIPAÇÃO E DEFESA DOS CONSUMIDORES 99

CONCLUSÕES 108

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 113

RESUMO

O presente estudo tem o objetivo de indicar mecanismos que podem contribuir para a observância do princípio da eficiência por parte das agências reguladoras. Verifica que o Estado contemporâneo passa por uma Reforma, buscando implantar o modelo da “Administração Pública Gerencial” e desatrelando-se da tarefa de execução dos serviços públicos e de determinadas atividades econômicas relevantes para a sociedade, desempenhadas, cada vez mais, pela iniciativa privada. Nesse contexto, a Emenda Constitucional 19/98 incluiu o princípio da eficiência dentre aqueles que devem reger a atuação da Administração Pública. Com a atribuição de atividades aos particulares e em razão do princípio da supremacia do interesse público, o Estado desenvolve a política regulatória, justificando a criação recente das agências, autarquias sob regime especial pertencentes à Administração Pública Indireta. Desta forma, a partir da análise da legislação correlata e do pressuposto de que as agências reguladoras estão submetidas ao regime jurídico-administrativo, o estudo aponta mecanismos para que as agências possam atuar de modo eficiente. Para tanto, verifica alguns fatores que levaram ao seu surgimento, as agências até então instituídas e as áreas em que atuam, a amplitude e conteúdo do “novo” princípio, sua relação com a legalidade a supremacia do interesse público, e a eficiência enquanto premissa para a atuação das agências, diante dos desafios que se apresentam para a regulação. Analisa a importância da independência conferida aos novos entes reguladoras e as diferentes formas de controle incidentes, constatando a presença de inúmeros fatores que podem conduzir à uma atuação reguladora eficiente.

Palavras-chave: Reforma do Estado; princípio constitucional da eficiência; agências reguladoras.

INTRODUÇÃO

O Estado contemporâneo passa por uma Reforma em que adota nova metodologia de financiamento de sua infra-estrutura e muda seu papel, procurando desatrelar-se das tarefas de execução dos serviços públicos e de atividades econômicas relevantes para a sociedade, desempenhadas, cada vez mais, pelos particulares.

As agências reguladoras têm criação relativamente recente no direito Brasileiro¹ e vinculam-se ao processo de Reforma do Estado, em que se busca implantar a “Administração Pública Gerencial”, modelo a partir do qual enfatiza-se o controle de resultados e passa-se a considerar o atendimento das necessidades do cidadão.

Nesse contexto, a doutrina pátria ressalta a contribuição da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de julho de 1998, viabilizando a implantação da Administração Pública Gerencial mediante a inclusão do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal de 1988, dentre os demais princípios regentes da Administração Pública.

Com a atribuição de atividades à iniciativa privada, o Estado desenvolve a política regulatória e cria as agências, uma vez que permanece com a titularidade dos serviços públicos e deve observar os princípios do regime jurídico-administrativo, em especial, a supremacia do interesse público sobre o particular.

Desta forma, o presente estudo foi motivado pela atualidade do tema e tem por objetivo analisar a amplitude do “novo” princípio constitucional e indicar mecanismos que possam contribuir para sua observância por parte das agências reguladoras, a partir do exame da legislação correlata e partindo-se do pressuposto de que estão submetidas ao regime jurídico-administrativo, enquanto entidades da

¹ A Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) foi a primeira prevista em âmbito federal, na Lei nº 9.427, de 16 de dezembro de 1996, tendo sido regulamentada pelo Decreto nº 2.335, de 6 de outubro de 1997. Até o momento já foram criadas também a ANATEL - Agência Nacional de Telecomunicações, a ANP - Agência Nacional de Petróleo, a ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, a ANS - Agência Nacional de Saúde Suplementar e a ANA - Agência Nacional de Águas. Em razão da proliferação legislativa sobre o tema e da possibilidade de criação de novas agências, ressalta-se que os diplomas legais a serem mencionados encontram-se atualizados até agosto de 2001.

Administração Pública indireta, encarregadas da fiscalização e regulação de setores específicos.

Primeiramente, serão verificados alguns fatores que conduziram à Reforma do Estado, a maneira pela qual tem se verificado o processo e a contribuição da Emenda Constitucional 19/98 para o surgimento das agências reguladoras. Em seguida, serão mencionadas as agências reguladoras federais até então instituídas² e as áreas em que atuam, ressaltando sua novidade em relação aos demais entes reguladores existentes no Direito Brasileiro.

No capítulo segundo pretende-se mencionar a importância dos princípios jurídicos, especialmente os constitucionais e seu caráter vinculante, constatando-se a “novidade” na inclusão da eficiência, sua relação com os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público e seu conteúdo jurídico, enquanto premissa para a atuação das agências reguladoras.

O capítulo terceiro terá por objetivo visualizar a atualidade das agências, procurando-se destacar, com caráter eminentemente informativo, os aspectos gerais da experiência norte-americana, que influenciou o modelo adotado no Brasil. Também serão elencados os “desafios” para o controle eficiente das empresas privadas que passam a assumir a prestação de serviços públicos³ e o exercício de

² Por opção metodológica, apesar da possibilidade de instituição das agências reguladoras em âmbito estadual, o presente trabalho terá por objeto somente as agências reguladoras federais.

³ A fim de delimitar o tema, uma vez que a análise dos inúmeros conceitos de serviço público extrapola o objetivo do presente estudo, entende-se que serviço público é “atividade típica e exclusiva do Estado, desempenhada diretamente pela Administração Pública ou indiretamente por seus delegados (critério subjetivo), através do qual são oferecidas utilidades aos administrados, prestadas no atendimento de necessidades coletivas (critério formal), mas não quaisquer necessidades e sim aquelas cuja satisfação é incorporada por lei aos fins do Estado”. A definição congrega ainda o critério “formal”, que determina a submissão da atividade ao regime jurídico de direito público (De acordo com definição apresentada pelo Professor Pedro Henrique Xavier, em aulas ministradas ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná). Importa ressaltar que o Estado pode delegar a execução dos serviços públicos através da concessão e da permissão. Na primeira, a delegação é feita contratualmente (contrato de concessão) em favor de pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a fim de que estas executem os serviços, em seu nome e por sua conta e risco, nas condições fixadas pela Administração Pública. Na concessão, “o Estado interpõe o concessionário entre ele e o administrado no que atina ao desempenho da atividade concedida” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 20, 1997, p. 24). Na permissão, a delegação contratual pode ser feita à pessoa física ou jurídica. Segundo Marçal Justen Filho, “a concessão é o instituto adequado a transferir a prestação do serviço público para a órbita privada, quando esta atuação importar atuação de médio e longo prazo, exigindo investimentos em bens reversíveis ao patrimônio público. Sempre que a delegação impuser ao particular prestações de execução complexa, com aplicação de recursos relevantes e perspectiva de compensação através de exploração continuada de tempo, a única alternativa é a concessão. A permissão será utilizável

determinadas atividades econômicas para, posteriormente, ressaltar o significado do regime especial enquanto natureza jurídica definida nas leis instituidoras dos novos entes reguladores.

No capítulo quarto, serão ressaltados os fatores que podem contribuir para a realização do princípio da eficiência na atividade das agências reguladoras, partindo-se do pressuposto de sua submissão ao regime jurídico-administrativo. A fim de conduzir a análise, pretende-se estabelecer premissas para a eficiência, a partir da verificação dos inúmeros instrumentos que revelam as diversas formas de independência dos novos entes reguladores, dispostos na legislação pertinente.

Por fim, pretende-se indicar de que maneira as diferentes formas de controle incidentes sobre as agências (controle “de resultados”, financeiro, judicial e social) podem contribuir para a eficiência, a forma pela qual pode ocorrer a articulação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a importância da competência para a resolução de conflitos de interesses na regulação eficiente e as formas de participação popular institucionalizada para controlar as agências, colaborar com a fiscalização dos setores regulados e defender os interesses dos cidadãos consumidores⁴.

para delegações onde a remuneração obtida em curto prazo é suficiente para compensar o particular. Não haverá investimentos de maior monta e o patrimônio do particular não será transferido para a Administração. O contrato destina-se a prazos curtos de vigência” e “o particular assume, desde logo, a possibilidade de ser dispensado a qualquer tempo” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 88).

⁴ Considerando que “é preciso reinventar o Estado, modificar o seu relacionamento com o cidadão...” (WALD, Arnoldo; WALD, Alexandre de Mendonça; e MORAES, Luiza Rangel de. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 21).

CAPÍTULO 1 - A REFORMA DO ESTADO

1. 1. O pêndulo serviço público - empresa privada e a tendência atual

A presença do Estado na economia “tem oscilado, no tempo e no espaço, segundo as variações da história política e econômica, impondo ao Direito Público transições conceituais e instrumentais”⁵.

Em relação às concessões de serviços públicos no Brasil, a figura do “pêndulo” é utilizada por Caio TÁCITO para ilustrar que “na evolução dos tempos, o desenvolvimento social e econômico caminha entre fases, que se sucedem, de maior ou menor amplitude da iniciativa privada em contraste com alternâncias de estatização”⁶.

O intervencionismo estatal e a existência de leis reguladoras desta atuação eram os traços marcantes do final do século XIX e início do século XX, período em que “o serviço público em geral ficou encapsulado pelo domínio do Poder Estatal, com a prestação direta do Estado dos serviços essenciais para a sociedade”⁷.

Juan Carlos CASSAGNE observa que “apesar de haver diferentes níveis de intervenção, verificou-se certa unidade nas distintas medidas interventivas por parte do Estado, refletida em quatro pilares: a) a supradimensão das estruturas administrativas e o conseqüente aumento da burocracia; b) as abundantes e excessivas regulações que limitam e afetam as liberdades econômicas e sociais fundamentais; c) a configuração de monopólios legais a favor do Estado; e d) a participação estatal exclusiva ou majoritária no capital de empresas industriais ou comerciais”⁸.

⁵ TÁCITO, Caio. *A reforma do estado e a modernidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, jan/mar 1999, p. 1.

⁶ Idem, p. 1.

⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Agências reguladoras e suas características*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, out/dez 1999, p. 71.

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *La intervención administrativa*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1992, p. 140-141 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*. 3ª ed., São Paulo, 1999, p. 21.

A política do Estado intervencionista “gerou duas conseqüências graves: a) o crescimento desmesurado do aparelho administrativo estatal, sobretudo de empresas públicas e sociedade de economia mista e suas subsidiárias, b) o esgotamento da capacidade de investimentos do setor público, ocasionando a deterioração dos serviços públicos em geral”⁹.

Além disso, “a forma burocrática de organização, aplicada a todas as atividades do Estado, acabou por contribuir para a ineficiência do Estado na prestação dos serviços, ineficiência agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar especialmente os países da América Latina”¹⁰.

Tais conseqüências reclamavam mudanças no papel do Estado¹¹, surgindo a idéia de “Estado Democrático, protetor das liberdades individuais, que almeja a participação popular no processo político”; e de “**Estado Subsidiário**”, que “deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de exercer por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos”. Em decorrência da aplicação do **princípio da subsidiariedade** surge a tendência de diminuir o tamanho do Estado¹², pelo instrumento da privatização, movida por fatores de ordem financeira (“intuito de diminuir os gastos públicos com empresas estatais deficitárias, de cujos riscos financeiros o Estado participa”), jurídica (“necessidade de formas de gestão

⁹ AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Agências reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 213, jul. set. 1998, p. 141.

¹⁰ DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 22.

¹¹ No mesmo sentido José MATIAS PEREIRA constata que “pressionada por necessidades econômicas, bem como por ideários políticos que constituem as ideologias do *minimum state*, a administração pública vem sendo forçada a rever seus pressupostos” (PEREIRA, José Matias. *Repensando a administração pública: o futuro do Estado de bem-estar*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 142, abr./jun. 1999, p. 248).

¹² Assinala Caio TÁCITO que “a curva ascendente da ação executiva do Estado cedeu passo a uma nova tendência nos caminhos da sociedade: de uma parte, o fortalecimento dos direitos individuais se complementa com a garantia de direitos sociais e, mais recentemente, pela afirmação de direitos coletivos e difusos, em proteção da comunidade e da cidadania, conforme o modelo do direito comparado, abrigado, entre nós, na profusa coletânea de normas da Constituição de 1988. A democratização política, fortalecendo o exercício de direitos oponíveis à ação unilateral do Estado, conduz a uma reavaliação dos poderes administrativos e a uma necessária descentralização de serviços públicos. O **Estado torna-se menor**, retirando-se do domínio de áreas conquistadas pela iniciativa privada, embora subsistente a supervisão administrativa, em resguardo da finalidade pública. O Poder Público tende a concentrar-se na prestação de serviços públicos essenciais associados ao bem-estar, à educação, à cultura, à saúde e ao meio ambiente, limitando-se a exercer a vigilância e o complemento de atividades privadas segundo o **princípio da subsidiariedade**. A política de privatização, que deita raízes, é a um tempo o modelo de retração do Estado na direta prestação de serviços de interesse geral como o fator determinante da reforma administrativa, pela criação de novos entes reguladores da atividade transferida à execução de concessionários ou permissionários...” (TÁCITO, *A reforma...*, pp. 1-2) (grifos nossos).

privada dos serviços públicos, sem os controles excessivos e os formalismos próprios da Administração centralizada, que tanto emperram a atividade das empresas estatais”) e política (“substituição do Estado pela iniciativa privada, por ser ela mais apta a gerir atividades comerciais e industriais”)¹³.

O processo de privatização desenvolve-se, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

...para diminuir o tamanho do Estado; de um lado, prestigiando a liberdade econômica, pela devolução da iniciativa ao administrado, (...) pela eliminação do monopólios, pela aplicação das regras da livre concorrência, reservando-se ao Estado as tarefas de incentivar e subsidiar aquela iniciativa, quando deficiente, bem como a de fiscalizá-la, para proteger o usuário e o consumidor e resolver os respectivos conflitos; de outro lado, buscando a **eficiência** nos serviços afetos ao Estado, pela aplicação de novas técnicas de prestação de serviços, menos formalistas, **menos burocratizadas**, (...) a partir da venda de ações de empresas estatais ao setor privado e pelas várias formas de parceria com a iniciativa privada, em especial a concessão de serviço público, para desempenho de atividades antes executadas pelo próprio poder público, diretamente, ou pelas entidades da administração indireta¹⁴.

Nesse contexto, “devem ficar a cargo do Estado as atividades que lhe são próprias como ente soberano, consideradas indelegáveis ao particular (segurança, defesa, justiça, relações exteriores, legislação, polícia); e devem ser regidas pelo princípio da subsidiariedade as atividades sociais (educação, saúde, pesquisa, cultura, assistência) e econômicas (industriais, comerciais, financeiras), as quais o Estado só deve exercer em caráter supletivo da iniciativa privada, quando ela for deficiente”¹⁵.

Com todas essas alterações objetiva-se a Reforma do Estado, para “reverter os males instaurados pelo Estado intervencionista: do lado do cidadão, quer-se instaurar e prestigiar a liberdade individual e a livre concorrência, o que leva a idéia de privatização; do lado do Estado, quer-se alcançar a **eficiência** na prestação dos serviços públicos, o que leva à idéia de **desburocratização**”¹⁶.

¹³ DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 27.(grifos nossos)

¹⁴ Idem.

¹⁵ Ibidem, p. 29.

¹⁶ Ibidem, p. 31.(grifos nossos)

Outro instrumento utilizado na redefinição do modelo de Estado é a “**desregulamentação**”¹⁷, que implica na diminuição, mas não na ausência, “de regulação estatal sobre as atividades econômicas privadas, ampliando-se a liberdade de atuação dos particulares”¹⁸.

A Reforma implica na reestruturação do Estado, necessária para combater “a crise fiscal, a crise no modo de intervenção e a crise da forma burocrática pela qual o Estado era administrado”¹⁹.

Paulo MODESTO ressalta “aspectos comuns às diversas reformas contemporâneas do Estado: (...) estímulo à privatização de serviços econômicos competitivos sustentáveis em regime de mercado; (...) ampliação dos controles de produtividade e de economicidade, vale dizer, do resultado do trabalho administrativo (**controle de eficiência**); fortalecimento da autonomia das entidades personalizadas da administração indireta; (...) ampliação dos mecanismos de participação popular na atividade administrativa e de controle social da administração pública”²⁰. Essas tarefas “permitem inferir os *objetivos práticos* que servem de *base finalista* aos projetos de Reforma do Estado: a) *objetivo econômico*: diminuir o ‘déficit’ público, ampliar a poupança pública e a capacidade financeira do Estado para concentrar recursos em áreas em que é indispensável a sua intervenção direta; (...) c) *objetivo político*: ampliar a participação da cidadania na gestão da coisa pública ...”²¹.

No Brasil, o Governo implantou o Programa Nacional de Desestatização (Lei 8.031/90, reformulado pela Lei 9.491/97), tendo como uma de suas metas “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada todas as atividades que por ela possam ser bem executadas, de forma a

¹⁷ DI PIETRO ressalta que “pela desregulação amplia-se a liberdade do cidadão (especialmente no domínio econômico), diminuindo-se as restrições a sua atuação ou limitando-se os monopólios de modo a permitir que empresas privadas atuem em regime de competição em determinados setores, antes monopolizados. Essa desregulação atinge especialmente serviços públicos, como os transportes, correio, telecomunicações e energia elétrica” (DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 30).

¹⁸ CUÉLLAR, Leila. *O poder normativo das agências reguladoras brasileiras*. Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000, p. 73.

¹⁹ Ibidem, p. 68.

²⁰ MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e marco legal das organizações sociais no Brasil*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 136, out/dez. 1997, p. 316.(grifos nossos)

²¹ Ibidem, p. 317.

permitir que a Administração se dedique principalmente ao atendimento das necessidades fundamentais da população.”²²

A Reforma, “com vistas à modernização, segue um modelo adotado para o financiamento da infra-estrutura, abrangendo as privatizações, as concessões e as parcerias de modo geral, desatrelando-se o Estado das tarefas de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória ...”²³.

O processo se evidencia “nas áreas de telefonia, energia elétrica, petróleo, vigilância sanitária, dentre outras, nas quais o Estado não conseguia mais realizar os investimentos necessários tanto para a modernização dos citados segmentos quanto para o atendimento pleno das necessidades básicas do consumidor” e “visando diminuir o *déficit* público em face da grande e emperrada envergadura do Estado empresário”, implementou-se a “**desestatização**”²⁴, a partir das inúmeras e necessárias privatizações”²⁵.

Nesse contexto, Caio TÁCITO ressalva que “o programa de privatização das empresas estatais não se resume à abstenção do Estado em áreas até então ocupadas que revertem à iniciativa privada”, mas significa “uma evolução nas relações entre esta e o serviço público”, que “passam a se associar no objetivo final de prestação de serviços à comunidade”.

Em consequência, “o **pêndulo** que favorecia o domínio público sobre a economia, em áreas qualificadas, reverte em benefício da exploração privada de atividades produtivas (...). Assim, em tempos contemporâneos o direito público passa a refletir (...) duas vertentes especiais: a política de **privatização** e de

²² AZEVEDO, op. cit., p. 141.

²³ WALD, Arnoldo; e MORAES, Luiza Rangel de. *Agências reguladoras*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, jan/mar. 1999, p. 143.

²⁴ Segundo Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “o fenômeno da desestatização tem fortes razões macroeconômicas: a escassez de recursos públicos provoca a disputa por recursos privados, já que a imposição tributária tem limitações” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tendências da administração pública*. In: *Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. Cretella Junior* (coordenação de Antonio A Queiroz Telles, Edmir Netto Araújo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 91)

²⁵ MATTOS, op. cit., pp. 71-72.

desburocratização da máquina estatal e o fortalecimento da associação entre a iniciativa privada e o serviço público”²⁶.

Paulo Roberto Ferreira MOTTA destaca, dentre os fatores que impulsionam as reformas estatais, no contexto da globalização: o desenvolvimento de um “mercado mundial, que coloca em relevo a incidência de atividades públicas sobre a competitividade nacional; a impressão de que a produtividade do setor público é inferior a do setor privado; a limitação do crescimento do setor público (...); uma menor esperança na capacidade do poder público resolver os problemas econômicos e sociais mediante as receitas tradicionais; e as exigências da cidadania por uma maior qualidade nos serviços públicos”²⁷.

Para Lucia Valle FIGUEIREDO, o processo de reforma da Administração Pública “teve como propósito mais imediato fazer o ajuste fiscal, para que o Governo pudesse acertar o empréstimo que pretendia com o FMI (Fundo Monetário Internacional)”²⁸.

Em atendimento ao processo de globalização em curso, a Reforma do Estado tornou-se tema central em todo mundo nos anos 90²⁹. Em nosso país, foi justificada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso nos seguintes termos:

A perda progressiva da capacidade de investimento do Estado brasileiro em infraestrutura tem implicações preocupantes. Compromete a qualidade da prestação dos

²⁶ TÁCITO, Caio. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro:, n. 202, out./dez. 1995, p. 7.(grifos nossos)

²⁷ Todavia, o autor cita Germà Bel i Queralt, afirmando que o processo de privatização na América Latina diferencia-se do europeu, pois “não visa uma melhor qualidade na prestação dos serviços públicos, mas um método utilizado pelos governos para atender às exigências de seus credores internacionais no (re)financiamento dos programas de estabilização econômica dos anos noventa”, verificando-se um “câmbio de monopólios, antes estatais, agora particulares, e, no mais das vezes, estrangeiros” (QUERALT, Germà Bel i. *Privatización, desregulación y competencia*. Madrid: Civitas, 1996, p. 20 *apud* MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras de serviços públicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, maio/2000, pp. 16-17).

²⁸ A autora entende que “abriu-se, em grande parte, mão da soberania nacional quando se permitiu ao FMI formular - por vezes veladamente, por vezes declaradamente - os pontos principais do ajuste, inclusive a política de privatização e, pior, a própria economia do país” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 137). A este respeito, consultar também Alice Gonzalez Borges (BORGES, Alice Gonzalez. *A implantação da administração pública gerencial na emenda constitucional 19/98*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 24, 1998, p. 27).

²⁹ Segundo Luiz Carlos BRESSER PEREIRA, a reforma administrativa “só se tornou tema central no Brasil em 1995, após a eleição e a posse de Fernando Henrique Cardoso” (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil*. Revista do Serviço Público, São Paulo, n. 1, jan./mar. 1998, p. 5).

*serviços públicos e causa desequilíbrios econômicos pela elevação do 'custo Brasil'(...) Agora, cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvimento será financiado pela iniciativa privada, a qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade*³⁰.

A “mudança da administração pública burocrática e clientelista” para a “administração pública gerencial, baseada no enfoque da nova administração pública”³¹ é a proposta da reforma em andamento, refletida na criação das agências reguladoras.

1. 2. Passagem do modelo burocrático de gestão para a “administração gerencial”: política de descentralização e a Emenda Constitucional 19/98

A administração pública burocrática clássica³² tem como fundamentos um “corpo profissional de funcionários, promoções baseadas em mérito e tempo de serviço e uma definição legal rígida de objetivos e meios para alcançá-los”. O modelo baseia-se também na “centralização das decisões, na hierarquia traduzida no princípio da unidade de comando, no controle passo a passo dos processos administrativos, (...) nas rotinas rígidas e na burocracia estatal formada por administradores profissionais especialmente recrutados e treinados ...”³³.

³⁰ CARDOSO, Fernando Henrique. *Prefácio*. In: WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, pp. 7-8.

³¹ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser., op. cit., p. 42.

³² Adotada para “substituir a administração patrimonialista, que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos; o nepotismo e o empreguismo, senão a corrupção, eram a norma (PEREIRA, Luiz Carlos Bresser., op. cit., p. 42)

³³ Idem, p. 42.

Com a crise no modelo burocrático³⁴, “aos poucos foram se delineando os contornos da nova administração pública ou **administração pública gerencial**³⁵: **descentralização**³⁶ **administrativa**, através da delegação de autoridade para os administradores públicos transformados em gerentes concretamente autônomos; ... definição de objetivos a serem atingidos pelas unidades descentralizadas na forma de **indicadores de desempenho**, sempre que possível quantitativos, que constituirão o centro do contrato de gestão entre o ministro e o responsável pelo órgão que está sendo transformado em agência; **controle por resultados**, *a posteriori*, ao invés de controle rígido, passo a passo, dos processos administrativos; e administração voltada para o atendimento do cidadão ...”³⁷.

Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, a evolução da administração pública burocrática para a administração pública gerencial requer uma reforma que não se resume apenas a estender a **competitividade ao setor público**, “com vistas a reduzir o déficit público, pela adoção de novos critérios de gestão, aproveitando as experiências acumuladas e repensadas da administração de empresas privadas, (...) mas sobretudo, de passar a considerar o usuário do serviço prestado pelo Estado como o ‘dono’ do serviço e não apenas o seu destinatário”³⁸. Para o autor, a

³⁴ “A crise no modelo burocrático de administração pública, que foi introduzido no país nos anos 30, no governo Vargas, começou ainda no regime militar, devido a sua incapacidade de extirpar as práticas patrimonialistas ou clientelistas da administração”.(Ibidem, p. 42). Sobre o assunto, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assinala que “a administração gerencial emerge na segunda metade do ‘século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior.” (DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 40).

³⁵ “O termo nova gerência pública descreve uma tendência global em direção a um certo tipo de reforma administrativa, (...) a partir do conjunto de desafios: busca intensiva de formas mais efetivas para a implementação de políticas públicas; pressão crescente de grupos empresariais e da indústria a fim de promover um setor público mais direcionado aos negócios, aos investimentos e ao fornecimento eficiente de serviços. ... Estas pressões, dentre outras, têm colocado em questão não apenas as estruturas administrativas e a tomada de decisões políticas estabelecidas, mas também a forma de pensar acerca da administração pública.” (ORMOND, Derry; e LÖFFER, Elke. *A nova gerência pública*. Revista do Serviço Público, n. 2, abr./jun. 1999, pp. 67-68).

³⁶ A **descentralização** consiste na “transferência de atribuições, em maior número, de entidades, organismos ou aparelhos centrais para unidades periféricas ou locais ou, em suma, descentralizar é irradiar algo peculiar e inerente ao centro, deslocando esse algo para a periferia e tem como vantagem a possibilidade de reduzir-se o centro a uma dimensão apenas compatível com o acompanhamento e fiscalização da periferia” (CRETELLA JUNIOR, José. *Dicionário de direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 180-181) (grifos nossos).

³⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser., op. cit., pp. 8-10.

³⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração pública gerencial*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, n. 2, 1999, p. 122.

transição “desloca o foco de interesse administrativo para o cidadão, para os interesses públicos que lhe são confiados pela ordem jurídica” e a “competitividade do setor público gera a tomada da **eficiência** como diretriz administrativa para a gestão dos interesses públicos”³⁹.

No Brasil, o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE⁴⁰, tem por objetivo “transformar a **administração pública burocrática**, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma **administração pública gerencial**, flexível e **eficiente**”⁴¹, voltada para o atendimento do cidadão”⁴².

Caio TÁCITO ressalta a política de privatização como diretriz da “moderna política governamental”⁴³, expressa “na limitação da atividade econômica do Estado segundo os “imperativos da segurança nacional ou o relevante interesse coletivo definido em lei” (art.173 da Constituição de 1988) e com a Medida Provisória nº 155/90, convertida na Lei nº 8.031, de 12 de abril do mesmo ano, que consolidou o Programa Nacional de Desestatização.

Além disso, com as Emendas Constitucionais 5/95 e 8/98, “a Constituição Federal absorve, a abertura dos serviços públicos ao regime privado”⁴⁴; e com a EC 9/95, extingue o monopólio estatal de exploração do petróleo, admitindo o acesso de empresas privadas. Essas Emendas, “ao mesmo passo em que abrem portas ao

³⁹ MOREIRA NETO, *Administração ...*, p.123.

⁴⁰ O Plano foi aprovado em 21/09/95, pela Câmara da Reforma do Estado.

⁴¹ No mesmo sentido, observa Marcos Juruena Villela SOUTO: o ‘**Plano Diretor da Reforma do Estado**’ visa, entre outros objetivos, a aumentar a capacidade do Estado intervir efetivamente na sociedade e no mercado, dispondo de meios administrativos e financeiros (...). Não se trata apenas de reestruturar o Estado, Cuida-se de **substituir o modelo burocrático de gestão** (que enfatiza a legalidade e a racionalidade técnica) **pelo modelo gerencial**. Daí se falar em avaliação de desempenho (...), medição de resultados, de custos e da satisfação do usuário.” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Agências reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 216, abr/jun 1999, p. 126). Para Alice Gonzalez BORGES, a “proposta da Administração Gerencial brasileira, cujos lineamentos básicos foram pela primeira vez consubstanciados no ‘Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado’, tem como filosofia a busca de maior eficiência na atuação do Estado”. A autora ressalta o entendimento de Massimo Giannini, para o qual o Estado do próximo milênio será o “Estado Pluriclasse, já não mais baseado na oligarquia de algumas classes dominantes, ou no poder de dominação de uma só classe, mas estruturado no sentido da atenuação dos aspectos mais autoritários da Administração Pública, e da extrema valorização da participação, do consenso e da interação entre os mais diversificados centros de decisão individuais e coletivos da sociedade” (BORGES, op. cit., p. 26).

⁴² DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 40.

⁴³ TÁCITO, *A reforma...*, p. 2.

⁴⁴ A primeira refere aos serviços locais de gás canalizado e a segunda, aos serviços de telecomunicações.

capital privado, determinam, de modo expresse, a criação, em lei, de um **órgão público regulador da atividade privada**. É o primeiro evento no caminho da instituição legal das agências reguladoras da atividade econômica (...)"⁴⁵.

Em 4 de julho de 1998, é editada a **Emenda Constitucional nº 19**, que pretende viabilizar a implantação da concepção da Administração Gerencial em nosso ordenamento, tomando-a como um "modelo de Administração Pública que reflita as grandes e marcantes transformações econômicas, políticas e sociais do Estado contemporâneo, no sentido da globalização da economia, da crescente diminuição do intervencionismo estatal que marcou este século, e do amplo desenvolvimento de parcerias com o setor privado, bem como uma democracia participativa"⁴⁶.

Da mesma forma, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO entende que a Emenda "vem proposta como um marco da transformação da administração pública burocrática para a gerencial, no contexto mais amplo da reforma do Estado brasileiro"⁴⁷ e se destaca por dois referenciais: acrescentar aos princípios administrativos já expressos (legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade) também a **eficiência** (*caput* do art. 37); e admitir a "ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira (§8º) dos órgãos e entidades da administração

⁴⁵ TÁCITO, Caio. *Agências reguladoras da administração*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 221, jul./set. 2000, pp. 2-3. Em relação à prestação de serviços públicos, Luis Roberto BARROSO assinala que "com a transferência para o setor privado da execução dos serviços públicos, as funções do Estado passam a ser as de "planejamento, regulamentação de fiscalização das empresas concessionárias. É nesse contexto que surgem, como personagens indispensáveis, as agências reguladoras, para "zelar pela boa prestação dos serviços" (BARROSO, Luis Roberto. *Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização a ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 25, 1999, p. 77).

⁴⁶ BORGES, op. cit., p. 26. A "interação entre Sociedade e Estado e um avanço no aperfeiçoamento dos canais de diálogo, ou seja, o desenvolvimento dos institutos de participação administrativa" são necessários para a implantação da Administração Pública Gerencial. (MOREIRA NETO, *Administração pública ...*, p. 121).

⁴⁷ No mesmo sentido, Adilson Abreu DALLARI observa que "recentemente, por força da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98, popularmente conhecida como emenda da reforma administrativa, procurou-se transformar o modelo da Administração Pública com a adoção do chamado modelo gerencial, em função do qual os agentes administrativos deveriam ser dotados de maior liberdade de atuação pelo abrandamento dos controles de procedimentos administrativos, supostamente compensado pelo correspondente fortalecimento dos controles de resultados." (DALLARI, Adilson Abreu. *Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999, p. 80).

direta e indireta através de contratos de desempenho⁴⁸, a serem firmados entre seus respectivos administradores e o Estado, em que serão fixadas metas de **eficiência** a serem alcançadas”⁴⁹.

Com a implantação da Administração Pública Gerencial e a “adoção de medidas para a diminuição da atuação estatal no domínio econômico, enfatiza-se o papel regulador do Estado em relação às atividades desempenhadas por particulares”⁵⁰, há necessidade de fiscalização e regulamentação da execução dos serviços públicos privatizados e de determinadas atividades econômicas. Tais funções passam a ser exercidas pelas agências reguladoras, que constituem “instrumentos descentralizadores”⁵¹, integrantes Administração Pública Indireta, submetidos, por força da Emenda Constitucional 19/98, ao cumprimento das metas fixadas no contrato de gestão, à valorização do interesse público e à realização do princípio da eficiência.

1. 3. O surgimento das agências reguladoras

Com a política de descentralização dos serviços públicos, “não seria salutar para a sociedade que as empresas que eram dominadas pelo setor público e, agora passam, através do processo licitatório, para as mãos do setor privado, ficassem sem uma regulamentação e fiscalização própria, com agilidade eficaz e

⁴⁸ “No tocante à autonomia gerencial, vale observar que a Emenda à Constituição institui um singular contrato administrativo típico, em que as partes são, de um lado, ‘os administradores’ de órgãos e entidades da administração pública direta ou indireta, portanto pessoas físicas, e, de outro, ‘o Poder Público’, ou seja, as pessoas jurídicas. Este novo instrumento pretende estabelecer um regime de verdadeira motivação em que o mérito não reside no cumprimento de rotinas e processos, mas no atingimento de metas claras e prefixadas” (MOREIRA NETO, *Administração pública...*, p. 128).

⁴⁹ Ibidem, pp. 127-8. (grifos nossos)

⁵⁰ CUÉLLAR, op. cit., p. 79. A este respeito a autora ressalta a desregulação, a desmonopolização (desestatização), com a venda de ações de empresas estatais ao setor privado; a concessão de serviços públicos como técnicas de privatização (pp. 74-76)

⁵¹ “A utilização dos instrumentos descentralizadores consubstanciados nas agências reguladoras, dentre outros, é característica da Administração Pública Gerencial” (BORGES, op. cit., p. 29).

permanente⁵². Se tal incumbência ficasse a cargo do Poder Executivo diretamente, “a burocracia seria total, emperrando a fiscalização da qualidade e das metas traçadas pelo contrato de concessão/permissão, prejudicando o próprio processo de privatização”⁵³.

Agora, cabe ao setor privado “contribuir com o crescimento econômico, financiando o desenvolvimento traçado pelo Governo, bem como, ser o agente executor dos serviços públicos privatizados, sob vigilância de perto das **agências reguladoras**, que dentro do princípio da legalidade e das metas jurídicas em que elas possuem como fim, fiscalizam e regulamentam os serviços públicos”⁵⁴.

A necessidade de dotar-se um órgão independente dos poderes para controlar “a execução dos contratos de concessão e fiscalizar os serviços e as concessionárias, editando normas regulamentares, reprimindo condutas abusivas e até resolvendo conflitos entre os agentes, envolvidos na prestação de determinado serviço público”⁵⁵ justifica a criação dos entes reguladores, cujo âmbito de atuação, conforme adiante se verá, não se restringe aos serviços públicos.

O processo inicia-se a partir de 1996, com a edição de leis esparsas⁵⁶. Instituída pela Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a **ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica)**, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, tem a finalidade de “regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal”⁵⁷.

São competências da ANEEL: “implementar as políticas e diretrizes do governo federal para a exploração da energia elétrica e o aproveitamento dos potenciais hidráulicos, expedindo os atos regulamentares necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pelo Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995;

⁵² Eurico Andrade de AZEVEDO ressalta que a privatização de serviços públicos tem o sentido de transferir sua execução para o setor privado, mas o serviço não deixa de ser público. “Embora o concessionário explore o serviço em seu nome, por sua conta e risco, a titularidade do mesmo continua a ser do Poder Público, que poderá retomá-lo a qualquer tempo, obedecidos os trâmites legais” (AZEVEDO, op. cit., p. 143).

⁵³ MATTOS, op. cit., p. 72.

⁵⁴ Ibidem, p. 73.

⁵⁵ WALD e MORAES, op. cit., p. 144.

⁵⁶ Em virtude da inexistência de lei específica disciplinando as agências “estão sendo criadas por leis esparsas” (DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 132).

⁵⁷ Art. 2º da Lei nº 9.427/96.

promover as licitações destinadas à contratação de concessionárias de serviço público para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica para a outorga de concessão para o aproveitamento de potenciais hidráulicos; celebrar e gerir contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem público, expedir as autorizações; fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica; dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, emissionárias, autorizadas, produtoras independentes e autoprodutores, como também entre esses agentes e seus consumidores; e fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica”⁵⁸.

Em 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.472 (Lei Geral de Telecomunicações) - que dispõe sobre a “organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais” - institui a **ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações)**, vinculada ao Ministério das Comunicações, a qual compete, dentre outras atribuições: “adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de telecomunicações; expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição do serviço no regime público; celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções; controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público; administrar o espectro de radiofrequências e o uso de órbitas, expedindo as respectivas normas; expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicação no regime privado; compor administrativamente conflitos de interesse entre prestadoras de serviços de telecomunicações; reprimir infrações dos direitos dos usuários”⁵⁹.

⁵⁸ Art. 3º da Lei 9.427/96.

⁵⁹ Art. 19, da Lei nº 9.472/97.

A Lei nº 9.478 de 6 de agosto de 1997, criou a **ANP (Agência Nacional do Petróleo)**⁶⁰, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com a finalidade de “promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, cabendo-lhe: implementar, em sua esfera de atribuições, a política nacional de petróleo e gás natural (...) com ênfase na garantia do suprimento de derivados de petróleo em todo o território nacional e na proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos; elaborar os editais e promover as licitações para a concessão de exploração, desenvolvimento e produção, celebrando os contratos delas decorrentes e fiscalizando a sua execução; autorizar o prática das atividades de refinação, processamento, transporte, importação e exportação, na forma estabelecida nesta Lei; fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, bem como aplicar as sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato; fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, dos derivados e do gás natural e de preservação do meio ambiente”⁶¹.

A **ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária)** foi criada pela Lei nº 9.872, de 26 de janeiro do 1999. Vinculada ao Ministério da Saúde, tem a “finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras”⁶². À Agência compete: “coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária; fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições; estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as

⁶⁰ Assinala Eurico Andrade de AZEVEDO que a situação da ANP “é diferente das demais quanto ao seu objeto, porque ela não controle ou fiscaliza um serviço público. A pesquisa, lavra, e refinação do petróleo não constituem serviço público, mas sim atividades econômicas monopolizadas pela União. A Lei nº 9.478/97 para que a União contratasse com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV do art. 177 da CF (faculdade concedida por força da Emenda Constitucional n. 9/95). A Lei estabeleceu as diretrizes gerais da política energética nacional e criou a ANP, isto porque, embora não constituindo serviço público, a exploração da indústria do petróleo é absolutamente essencial à economia da sociedade. Embora constitua atividade econômica, o legislador entendeu instituir uma agência reguladora poderosa, para poder controlar uma atividade que, por sua relevância econômica, a Constituição reservou ao Estado” (AZEVEDO, op. cit., p. 145).

⁶¹ Art. 8º, da Lei nº 9.478/97.

diretrizes e as ações de vigilância sanitária; conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação; (...) interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde; proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde”⁶³.

Em 28 de janeiro de 2000⁶⁴, foi criada a **Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS**, vinculada ao Ministério da Saúde, com a “finalidade institucional de promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações prestadores e consumidores, contribuindo para o desenvolvimento das ações de saúde no país”⁶⁵, a qual compete: “propor políticas e diretrizes gerais ao Conselho Nacional de Saúde Suplementar - Consu para a regulação do setor de saúde suplementar; (...) estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras; normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde; monitorar a evolução dos preços dos planos privados de assistência à saúde, seus prestadores de serviços, e respectivos componentes e insumos; avaliar a capacidade técnico-operacional das operadoras de planos privados de assistência à saúde para garantir a compatibilidade da cobertura oferecida com os recursos disponíveis na área geográfica de abrangência; articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observado o disposto na Lei 8.078, de 11 de

⁶² Art. 7º, da Lei nº 9.872/99.

⁶³ Art. 7º, da Lei nº 9.872/99.

⁶⁴ A Medida Provisória 2.012-2, de 30 de dezembro de 1999 foi convertida na Lei nº 9.961/2000.

⁶⁵ Art. 3º da Lei nº 9.961/2000.

setembro de 1990; zelar pela qualidade dos serviços de assistência à saúde no âmbito da assistência à saúde suplementar”⁶⁶.

A Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000 criou a **Agência Nacional de Águas - ANA**, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de “implementar, em sua esfera de atribuições, a política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos”⁶⁷. A “atuação da ANA obedecerá aos fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos”⁶⁸ e será desenvolvida em articulação com órgãos e entidades públicas e privadas integrantes do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, cabendo-lhe: disciplinar, em caráter normativo, a implementação, operacionalização o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos; outorgar, por meio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União, bem como fiscalizá-lo.; arrecadar, distribuir a aplicar receitas auferidas por intermédio da cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União; (...) planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações, no âmbito do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, em articulação com o órgão central do Sistema Nacional de Defesa Civil, em apoio aos Estados e Municípios; definir e fiscalizar as condições de operação de reservatórios por agentes públicos e privados”⁶⁹, dentre outras atribuições.

Atualmente tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que prevêem a criação da Agência Nacional de Transportes⁷⁰ e ao que se anuncia, “o Governo Federal cuida de oferecer projeto de lei instituindo a Agência de Aviação Civil”⁷¹.

Apesar da área específica de atuação de cada agência, Caio TÁCITO apresenta, como pontos comuns entre elas, as seguintes características: “constituídas como autarquias especiais”⁷², afastam-se da estrutura hierárquica dos

⁶⁶ Art. 4º da Lei nº 9.961/2000.

⁶⁷ Art. 3º da Lei nº 9.984/2000.

⁶⁸ Lei nº 9.433/97.

⁶⁹ Art. 4º da Lei nº 9.984/2000.

⁷⁰ Projeto de lei nº 1.615/99, de iniciativa do Chefe do Executivo.

⁷¹ TÁCITO, *Agências...*, p. 4. O projeto de lei é o de nº 3.846/2000.

⁷² Todas as agências foram criadas como **autarquias sob regime especial** (ANEEL: art. 1º da Lei 9.427/96; ANATEL: art. 8º da Lei 9.472/97; ANP: art. 7º da Lei 9.487/97; ANVISA: art. 3º da Lei nº

Ministérios⁷³ e da direta influência política do Governo, com acentuado grau de independência; gozam de autonomia financeira, administrativa e, especialmente, de poderes normativos complementares à legislação própria do setor; dotadas de poderes amplos de fiscalização, operam como instância administrativa final nos litígios sobre matéria da sua competência; e respondem pelo controle de metas de desempenho fixadas para as atividades dos prestadores de serviço, segundo diretrizes do governo e em defesa da comunidade⁷⁴.

As únicas agências que têm criação prevista constitucionalmente, para Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, são a ANATEL (art. 21, XI) e a ANP (art. 177, §2º, III)⁷⁵. A este respeito, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO⁷⁶ não faz qualquer ressalva ao tratar da ANVISA, justificando a necessidade de criação das agências reguladoras a partir do “declínio das formas de intervenção concorrencial e monopolística do Estado na economia, ou seja, com a devolução da execução das atividades econômicas aos entes da sociedade, tornou-se necessário republicar os controles sobre algumas delas, legalmente definidas como serviços públicos, bem como sobre outras mais, de relevante interesse geral, como aquelas capazes de oferecer riscos à segurança e à saúde pública”⁷⁷.

9.782/99; ANS: art. 1º da Lei 9.961/2000; e ANA: art. 3º da Lei 9.984/2000), cujas peculiaridades serão analisadas no ponto 3.3 do presente estudo.

⁷³ A vinculação aos respectivos Ministérios será objeto de análise no Capítulo 4.

⁷⁴ TÁCITO, *Agências...*, p. 4.

⁷⁵ A autora observa que é utilizado pelo texto constitucional a expressão “órgão regulador” (DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 131). O entendimento é corroborado por Lucia Valle FIGUEIREDO, ao afirmar que a ANVS, a ANS e a ANA seriam agências executivas, pois “não lhes sendo atribuída competência reguladora, somente podem ser permitidas competências executivas como, por exemplo, licenciar, fiscalizar e arbitrar controvérsias entre os usuários e os concessionários, ou entre aqueles e os entes privatizados” (FIGUEIREDO, op. cit., pp. 142 e 147). Apesar de não constituir objeto do presente estudo, convém esclarecer que as agências executivas são entidades disciplinadas pelos Decretos Federais nº 2.487 e 2.488/98, que celebram “contrato de gestão com o respectivo Ministério supervisor e têm plano estratégico de reestruturação e de desenvolvimento institucional, voltado para a melhoria da qualidade da gestão e para a redução de custos, já concluído ou em andamento”. É “qualificação dada à autarquia ou fundação que celebre contrato de gestão com o órgão da Administração a que se acha vinculada, para a melhoria da eficiência e redução de custos”. Havendo “descumprimento do plano estratégico, a entidade perderá a qualificação...” (DI PIETRO, *Direito...*, pp. 387-388).

⁷⁶ Assim como Mauro Roberto Gomes de MATTOS, Caio TÁCITO e Marcos Juruena Villela SOUTO. Conforme visto nas leis instituidoras das agências, todas possuem competência reguladora, cuja amplitude será melhor analisada no Capítulo 4.

⁷⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar. 1999, p. 72.

A partir das leis instituidoras, observa-se que a finalidade das agências não é somente a fiscalização e regulação sobre os serviços públicos concedidos, autorizados ou permitidos (telecomunicações e setor elétrico⁷⁸), mas também sobre: atividade econômica monopolizada (petróleo⁷⁹), mercado de produtos e serviços - e aspectos a eles relacionados - submetidos à vigilância sanitária, operadoras setoriais de assistência suplementar e direito de uso de recursos hídricos⁸⁰.

A “Agência Nacional do Petróleo, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária e a Agência Nacional de Saúde Suplementar, por exemplo, não regulam, controlam ou fiscalizam um serviço público, mas se referem a uma atividade economicamente relevante”⁸¹.

A atividade das agências reguladoras incide sobre serviços públicos privatizados e “atividades econômicas em sentido estrito”, que são espécies do gênero atividade econômica, conforme lição de Eros Roberto GRAU:

...inexiste oposição entre *atividade econômica* e *serviço público*, na segunda expressão está subsumida a primeira. A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podemos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. *Serviço público* (...) é o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete *preferencialmente* ao setor público. Não exclusivamente, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. (...) Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a *espécie*, *serviço público*. Daí verificamos que o gênero - *atividade econômica* - compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica*. (...) Insista-se em que *atividade econômica em sentido amplo* é território dividido em dois campos: o do *serviço público* e o da *atividade econômica em sentido estrito*⁸².

A **atividade econômica em sentido estrito** é desempenhada pela iniciativa privada, “sendo possível ao Estado participação excepcional, subsidiária, em consonância com o disposto nos artigos 170 e 173 da Constituição Federal”, de acordo com exigências de “segurança nacional” ou “relevante interesse coletivo”, “subordinando a participação estatal ao regime jurídico próprio das empresas

⁷⁸ De acordo com as hipóteses dispostas, respectivamente, no artigo 21, incisos XI e XII, alínea ‘b’ da Constituição Federal de 1988.

⁷⁹ Conforme hipóteses elencadas no artigo 177 da Constituição.

⁸⁰ Com fundamento constitucional disposto no artigo 21, XIII.

⁸¹ CUÉLLAR, op. cit., p. 107.

⁸² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 130-138.

privadas, excetuadas as hipóteses de monopólio outorgado à União, a exemplo do que dispõe o artigo 177 da Carta Federal⁸³. Sobre o assunto, enfatiza Leila CUÉLLAR:

Neste setor [atividade econômica em sentido estrito] vigoram os princípios da liberdade de iniciativa e da liberdade de concorrência, entendidos, respectivamente, como a faculdade de acesso ao mercado, ao exercício das atividades econômicas, sem necessidade de autorização prévia do poder público, ressalvadas as exceções legais, e a possibilidade de conquistar a clientela, da forma que for mais conveniente, desde que respeitados os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A autora ressalta ainda que os **serviços públicos**, ao contrário, submetem-se ao regime jurídico de direito público, “caracterizado pelo predomínio, dentre outros cânones, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência”⁸⁴.

Com base no exposto, as competências das agências resumem-se a “regular certas atividades desempenhadas por particulares (...), produzir normas jurídicas gerais e abstratas sobre o desenvolvimento dessas atividades, atribuir ou suprimir aos particulares o direito de desempenhar essas atividades, é dizer, dar-lhes autorizações, concessões, permissões, licenças, ou outras formas de atos pelos quais os particulares são habilitados a desempenhar atividades, serviços públicos ou não”⁸⁵.

A agências são, portanto, “pessoas jurídicas de Direito Público, com estrutura formal autárquica e competência para regulamentar, contratar, fiscalizar, aplicar sanções, a atender aos reclamos dos usuários de determinado serviço público ou atividade econômica”⁸⁶ em sentido estrito.

⁸³ CUÉLLAR, op. cit., p. 59.

⁸⁴ Ibidem, p. 60.

⁸⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Agências reguladoras de serviço público*. In: 10 anos de Constituição: uma análise. Coordenação IBDC. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998, p. 134 *apud* CUÉLLAR, op. cit., p. 85.

⁸⁶ CUÉLLAR, op. cit., p. 113.

1. 4. Outros entes reguladores no direito brasileiro

As leis que criaram as Agências conferiram-lhes “competência regulatória” - com poderes para “ditar normas com força de lei e com base em conceitos indeterminados”⁸⁷ - mas isso não constitui inovação no mundo jurídico, pois “autarquias com as mesmas funções já existiam no Direito Brasileiro, há muito mais tempo do que se possa imaginar”⁸⁸.

O artigo 174 da Constituição prevê o exercício da função reguladora do mercado pelo Estado, atuando como “agente normativo e regulador da atividade econômica”. Para tanto, foram criados pela Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Monetário Nacional (CMN), entidades que constituem o Sistema Financeiro Nacional.

O **BACEN** é uma “autarquia federal” (art. 8º da Lei nº 4.595/64), com “normas expedidas pelo CMN”(arts. 9º e 10) e diretoria escolhida por este órgão (art. 14), mas com seus membros nomeados pelo Presidente da República e demissíveis *ad nutum* (art. 1º). As atribuições estão previstas no artigo 10, dentre elas: “executar a política financeira da governo; emitir papel-moeda; autorizar o funcionamento de instituições financeiras e fiscalizar suas operações de acordo com as leis específicas; custodiar e administrar as reservas nacionais em ouro e moedas estrangeiras; e representar o governo brasileiro perante os organismos financeiros internacionais”.

O **CMN** é “órgão específico do Ministério da Fazenda” e “integra sua estrutura básica” (Lei nº 9.649/98, art. 16, VII). Os objetivos do Conselho consistem em: “adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento; regular o valor interno da moeda, prevenindo ou corrigindo os surtos inflacionários ou deflacionários de origem interna ou externa, as depressões econômicas e outros desequilíbrios oriundos de fenômenos conjunturais; orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, quer públicas, quer privadas, tendo em vista propiciar, nas diferentes regiões do país, condições favoráveis ao desenvolvimento harmônico da

⁸⁷DI PIETRO, *Parcerias...*, p. 140.

economia nacional; e zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras” (artigo 3º da Lei nº 4.595/64). Compete, privativamente, ao CMN, nos termos do art. 4º: “autorizar as emissões de papel-moeda; determinar as características gerais das cédulas e moedas; fixar diretrizes e normas da política cambial; limitar a taxas de juros, descontos, comissões e qualquer forma de remuneração do capital”, dentre outras atribuições.

A Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 criou a **Comissão de Valores Mobiliários (CVM)**, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, para “disciplinar e fiscalizar atividades relativas ao mercado de capitais (valores mobiliários e bolsas de valores), segundo política e regulação definidas pelo CMN, muitas delas em coordenação com o BACEN (arts. 1º e 3º).

Com a Lei nº 2.004, de 3 de outubro de 1953 foram criados o **Conselho Nacional de Petróleo (CNP)**, “órgão regulador em matéria de combustíveis”⁸⁹; e a PETROBRÁS - Petróleo Brasileiro S. A. No entanto, o artigo 83 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, revogou a Lei nº 2.004 e instituiu o **Conselho Nacional de Política Energética** e a **Agência Nacional de Petróleo (ANP)**, que passaram a dividir as atribuições do antigo CNP.

A “intervenção indireta do Estado na economia”⁹⁰ se dá por meio do **CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica)**, autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, com a função precípua de repressão às práticas contra a ordem econômica⁹¹.

Na visão de Paulo Roberto Ferreira MOTTA, “nenhuma destas autarquias exerceu o papel regulador na área dos serviços públicos. São entidades que exercem, ou exerceram, poder de polícia nas atividades econômicas monopolizadas pelo Estado ou fortemente reguladas pelo mesmo”. O autor menciona, como “agência reguladora pioneira na área dos serviços públicos, o Conselho Nacional de

⁸⁸ MOTTA, op. cit., p. 23.

⁸⁹ Idem, p. 26.

⁹⁰ WALD e MORAES, op. cit., p. 165.

⁹¹ A possibilidade de atuação conjunta entre o CADE e as Agências Reguladoras, para a repressão às práticas monopolistas e do abuso do poder econômico por parte das concessionárias de serviços públicos, será melhor analisada no Capítulo 4.

Águas e Energia Elétrica, posteriormente substituído pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica”⁹².

Para Marcos Juruena Villela SOUTO, existem ainda “funções regulatórias exercidas pelo setor privado”, como é o caso do CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária) e, na indústria cafeeira, com a instituição do Selo do Café, para “distinguir o produto de qualidade dos demais”⁹³.

É importante ressaltar que o BACEN, o CNM e o CVM estão subordinados à hierarquia (CMN) ou controle (BACEN e CVM) do Poder Executivo central (Presidência da República e Ministérios, uma vez que os mandatos de seus dirigentes são detidos pela Presidência da República e cumprem as determinações da Administração Direta - seja de forma imediata (obedecem as diretrizes da Presidência), seja mediatamente (a CMN define a política e regula as atividades do BACEN e do CVM). Pelo vínculo funcional e gerencial com a Administração Direta, tais entidades não podem ser classificadas como “agências reguladoras independentes”, mas como “órgãos que se submetem aos tradicionais conceitos de ‘desconcentração’⁹⁴(CMN) e ‘descentralização’ (BACEN e CVM)”⁹⁵. Por isso, afirma-se que “a regulação só passou a ser atribuída a entidades independentes a partir de 1997, com a criação das agências de regulação nos setores de energia, petróleo e telecomunicações”⁹⁶.

⁹² MOTTA, op. cit., p. 27.

⁹³ SOUTO, *Agências ...*, p. 131.

⁹⁴ **Descentralização** “é a distribuição de competências de uma para outra pessoa, física ou jurídica”. Difere da **desconcentração** pelo fato de ser esta uma distribuição interna de competências, ou seja, uma distribuição de competências dentro da mesma pessoa jurídica”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 336).

⁹⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, out/dez 1999, p.100.

⁹⁶ SOUTO, op. cit., p. 132.

CAPÍTULO 2 - O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

2. 1. Função dos princípios: normas jurídicas e auxílio no ato de conhecimento

Os princípios têm o sentido de “aquilo que vem antes de outro, origem, começo”⁹⁷, são as “idéias centrais de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se”⁹⁸.

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO ensina que “princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico”. Desta forma, a compreensão dos princípios é necessária “para a correta interpretação das normas jurídicas”, uma vez que “eles possuem um caráter aglutinador que transforma as normas esparsas em um todo harmônico”, servindo para “**auxiliar o cientista do direito no conhecimento de seu objeto de estudo**”⁹⁹.

Isso revela que “o jurista se debruça sobre o direito com fins (...) práticos, pretendendo determinar que normas se aplicam a que situações de vida”. Para tanto, os princípios funcionam como “verdadeiras **normas jurídicas**; logo, devem ser tomados em consideração para a solução de problemas jurídicos concretos”¹⁰⁰. O **caráter normativo** “se apresenta sob um duplo aspecto: positivo, que decorre da influência que exercem na elaboração de normas e nas atividades de interpretação e integração do direito; e negativo, que se caracteriza pela rejeição dos valores que os contrariem”¹⁰¹.

⁹⁷ CRETELLA JUNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 43.

⁹⁸ SUNDFELD, C. A.. *Fundamentos de direito público*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 133.

⁹⁹ HARGER, Marcelo. *Reflexões sobre o princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul/set. 1999, pp. 151-161.

¹⁰⁰ SUNDFELD, *Fundamentos ...*, p. 135.

¹⁰¹ Karl Larenz, *Derecho justo*, p. 33 *apud* Odete Medauar. *Direito administrativo moderno*, p. 136.

Carlos Ari SUNDFELD afirma que “o princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas”¹⁰². Em consequência, afirma-se que violar um princípio “é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer, pois a desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos”¹⁰³, causando a “deestruturação de todo o ordenamento jurídico”¹⁰⁴.

Jesús González PEREZ acrescenta:

Os **princípios jurídicos** constituem a base do Ordenamento jurídico, a parte permanente e eterna do Direito e, também, o fator cambiante e mutável que determina a evolução jurídica; são as idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica da Nação. E, precisamente por constituir a base mesma do ordenamento, não é concebível uma norma legal que o contravenha. Os princípios jurídicos atuam como ‘**vetores para soluções interpretativas**’ (Celso Antonio Bandeira de Mello) e os constitucionais compelem o jurista a direcionar seu trabalho para as *idéias-matrizes* contidas na Carta Magna¹⁰⁵.

Na mesma linha, a lição de Luís Roberto BARROSO, para o qual “o ponto de partida do intérprete a que ser sempre os **princípios constitucionais**, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins”¹⁰⁶, são “as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui”¹⁰⁷.

¹⁰² SUNDFELD, *Fundamentos ...*, p. 136. Os princípios “estão em patamar mais elevado que as regras, uma vez que “não há qualquer espécie de predisposição dos fatos sobre os quais incidem, alcançando e informando as mais variadas e amplas situações” (NIEBUHR, Joel Menezes. *Princípio da eficiência: dimensão jurídico-administrativa*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba: Zênite, n. 70, dezembro/1999, p. 953).

¹⁰³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 748.

¹⁰⁴ HARGER, Marcelo. *Reflexões sobre o princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 217, jul/set. 1999, p. 152.

¹⁰⁵ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 34.

¹⁰⁶ Carmen Lúcia Antunes Rocha entende que os princípios informadores da ordem jurídica a ser observada em determinada sociedade são traçados na Constituição, revelando os “valores superiores adotados em dada sociedade política”, são “os conteúdos primários diretores do sistema jurídico normativo fundamental de um Estado, pilares que informam e conformam o Direito que rege as relações jurídicas no Estado”. A autora ressalta que o “princípio constitucional reflete uma idéia humana vigente e aceita em uma sociedade estatal”. (ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, pp. 21-22; 25, 33).

¹⁰⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 141.

Carmen Lúcia Antunes ROCHA destaca o caráter normativo em relação aos **princípios constitucionais**, uma vez que são “postos para serem determinantes de comportamentos públicos e privados, não são eles arrolados como propostas ou sugestões: formam o Direito, veiculam-se por normas e prestam-se ao integral cumprimento (...), são positivados ... para produzir efeitos e deve produzi-los”¹⁰⁸.

Verifica-se, então, que os princípios exercem “a **função** importantíssima dentro do ordenamento jurídico-positivo, já que orientam, condicionam e iluminam a interpretação das normas jurídicas em geral, aí incluídos os próprios mandamentos constitucionais”. Também “são normas qualificadoras, exibindo excepcionalmente **valor aglutinante**: indicam como devem aplicar-se as normas jurídicas, isto é, que alcance lhes dar, como combiná-las e quando outorgar precedência a algumas delas.”¹⁰⁹

Para Geraldo ATALIBA, “os **princípios** são linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem **seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo**. Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição”¹¹⁰. *Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências*”¹¹¹.

Em suma, “os princípios constituem os pilares sobre os quais se estruturam todos os institutos jurídicos”¹¹² e os constitucionais, enquanto vetores para a compreensão do ordenamento jurídico, devem ser obrigatoriamente respeitados. Portanto, convém analisar o princípio da eficiência em relação à atividade das agências reguladoras, integrantes da Administração Pública Indireta, que a ele se submetem por força do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

¹⁰⁸ ROCHA, op. cit., p. 57.

¹⁰⁹ CARRAZZA, op. cit., p. 36.

¹¹⁰ “A ação imediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem de ser encontrado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas que o legislador constituinte não quis ou não pôde exprimir cabalmente”(MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo II, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp, 226-227).

¹¹¹ ATALIBA, Geraldo. *República e constituição*. São Paulo: RT, 1985, pp. 6-7 *apud* CARRAZZA, op. cit., p. 37. (grifos nossos)

¹¹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.58.

2. 2. Inclusão da “eficiência” como princípio norteador das atividades do Estado

Os princípios constitucionais refletem os valores vigentes na sociedade e, em função da Reforma do Estado, o artigo 3º da EC 19/98 inclui, no *caput* do artigo 37 da Constituição o princípio da eficiência¹¹³.

Alice Gonzalez BORGES ressalta a “oportunidade” da inclusão, que “marca a tônica da Administração Gerencial e sempre foi entendido por Celso Antonio, com o nome de “boa administração”, necessariamente implícito em toda a Constituição”¹¹⁴ e “mais do que desejável”¹¹⁵.

No mesmo sentido, Ubirajara CUSTÓDIO FILHO afirma que a eficiência da Administração Pública, entendida como boa qualidade dos serviços, satisfação do cidadãos e economicidade no emprego dos recursos públicos não é inovação da EC 19/98¹¹⁶, pois antes desta, “inúmeros diplomas normativos já exigiam dos agentes administrativos agir de maneira eficiente”: o Decreto-lei nº 200, de 25.02.67, atribuía a cada ministro de Estado, integrante da Administração Federal, o encargo de assegurar a eficiência administrativa no âmbito de sua respectiva pasta (arts. 25 e 26, III); a Lei Federal nº 8.112/90 impõe aos servidores o dever de exercer o cargo com dedicação e presteza, bem como zelar pela economia do material e pela conservação do patrimônio público; e a Lei Federal nº 8.987/95, em seu artigo 6º estipula que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço

¹¹³ O artigo 3º da Emenda Constitucional 19/98 assim dispõe: “Art. O *caput* ... do art. 37 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** ...’”(grifo nosso). Sobre a evolução histórica do princípio constitucional da eficiência vide MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de mestre em Direito do Estado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídica da Universidade Federal do Paraná, 1999, pp. 166-169.

¹¹⁴ BORGES, op. cit., p. 29.

¹¹⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso ...*, p. 92.

¹¹⁶ Também Renato Lopes BECHO afirma que “ele não é de todo novo em nosso ordenamento jurídico” (BECHO, Renato Lopes. *Princípio da eficiência da administração pública*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 7, julho/1999, p. 439).

adequado ao pleno atendimento dos usuários, conceituando serviço adequado como aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência”¹¹⁷.

Para o autor, o princípio pode ser extraído do próprio texto da Constituição Federal de 1988, antes da edição da EC 19/98, uma vez que os artigos 70, *caput* e 74, II, “autorizam afirmar que: a Administração Pública direta e indireta está sujeita controles externo (a ser realizado pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas) e interno (no âmbito de cada Poder); essas duas modalidades de controle destinam-se a apurar a legalidade, a eficiência e a eficácia da Administração, avaliando os resultados da gestão orçamentária (art. 74, II) e a economicidade desta (art. 70, *caput*) entre outros aspectos”. Assim, não se fiscalizaria a Administração quanto aos aspectos da economicidade, eficiência e eficácia, se tais qualidades não fossem dela exigíveis”. Por isso, a inclusão do princípio da eficiência no *caput* do artigo 37 da CF/88 não inova o ordenamento jurídico, senão “explicita e concentra sob a forma de princípio uma diretriz que se espalhava, até então, por mais de um dispositivo”¹¹⁸.

Paulo MODESTO ressalta que o princípio da eficiência, antes da EC 19/98, já era conhecido da doutrina¹¹⁹, conforme apontava Hely Lopes MEIRELLES, para o qual o “dever de eficiência é o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”¹²⁰.

Além disso, “nunca houve autorização constitucional para uma administração pública ineficiente”, pois “a boa gestão da coisa pública é obrigação inerente à qualquer exercício da função administrativa e deve ser buscada nos limites estabelecidos pela lei”. A “função administrativa é sempre atividade finalista,

¹¹⁷ CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *A emenda constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 66, agosto/1999, p. 612.

¹¹⁸ CUSTÓDIO FILHO, op. cit., p. 612.

¹¹⁹ Em relação à jurisprudência, Alexandre de MORAES destaca alguns julgados do STJ que demonstram o reconhecimento da eficiência enquanto um dos princípios “regentes da Administração Pública”. Vide MORAES, Alexandre de., *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, pp. 27-28.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 90.

exercida em nome e em favor de terceiros, razão pela qual exige legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade, publicidade e eficiência dos seus exercentes”¹²¹.

Com efeito, apesar de não constituir inovação no ordenamento jurídico, a previsão constitucional da eficiência enquanto “princípio” atribui-lhe maior amplitude e caráter instrumental em relação aos demais dispostos no *caput* do artigo 37 da Constituição.

2. 3. Estado de Direito, princípio da legalidade e princípio da supremacia do interesse público

O Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, onde vigora o “princípio da separação dos Poderes”, por força do disposto nos artigos 1º e 2º da Constituição Federal¹²². Os dispositivos demonstram a influência das concepções de Montesquieu e Rousseau, respectivamente, acerca da soberania popular – que retira do “príncipe” o arbítrio (pois detinha em suas mãos o “poder de administrar, ditar as leis e julgar, enquanto senhor do interesse público”, sem qualquer limitação legal e agora tem sua atividade “limitada pelas leis, que são criadas pelos representantes do povo” – e da democracia, “partindo do pressuposto de que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele”, estipulando-se um “mecanismo de freios e contrapesos, para evitar os abusos, pelo qual aquele que faz as leis não deve julgá-las nem executá-las; aquele que executa as leis não deve julgá-las nem fazê-las; e aquele que julga as leis não deve executá-las nem fazê-las”¹²³.

¹²¹ MODESTO, *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Interesse Público, Curitiba, n. 7, 2000, p. 71.

¹²² Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito ...”. Art. 2º: “São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

¹²³ HARGER, op. cit., p. 154.

O conceito de Estado Democrático de Direito não se limita à submissão à lei mas, para Leila CUÉLLAR...

... conjuga uma 'série de atributos e princípios: a) o Estado deve ser regido por uma lei suprema (princípio da constitucionalidade); b) a lei, como manifestação da vontade do povo, deve ser de observância obrigatória para toda e qualquer autoridade (princípio da legalidade); c) toda Constituição deve conter um sistema de direitos e garantias fundamentais; d) é essencial que exista um organismo independente competente para exercer a jurisdição; e) é necessária a garantia de participação popular no exercício de poder político (princípio democrático)¹²⁴; f) princípio da justiça social; g) princípio da igualdade; h) princípio da divisão de poderes; i) princípio da segurança jurídica e de proteção da boa-fé¹²⁵.

Desta forma, a atividade administrativa deve obediência “à lei e aos interesses dos indivíduos”¹²⁶.

O **princípio da legalidade**¹²⁷, frente às pessoas privadas, significa um “princípio geral de liberdade” (o particular pode fazer tudo aquilo que não é proibido¹²⁸). Por outro lado, “é o princípio capital para a configuração do regime jurídico-administrativo e consequência do Estado de Direito”, caracterizando a atividade administrativa como essencialmente “sublegal, infralegal”, uma vez que a “Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei”, ou seja, “nada pode fazer senão o que a lei determina” (“relação de subsunção”¹²⁹).

Além disso, “os agentes públicos não podem deixar de satisfazer os interesses cuja tutela lhes foi conferida pela lei”¹³⁰, tendo portanto, uma “função”¹³¹, sem lugar para a “autonomia da vontade nem para a busca de interesses próprios ou pessoais”¹³².

¹²⁴ A autora entende que o Estado Democrático “é aquele baseado em princípios de soberania e da participação popular, derivado da legitimação do poder político pelo povo” (CUÉLLAR, op. cit., p. 7).

¹²⁵ DALLARI, Adilson Abreu. *Administração Pública no Estado de Direito*. In: Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, nº 5, 1994, p. 33.

¹²⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*, São Paulo: Malheiros Editores, 1992, pp. 12-13.

¹²⁷ Expresso nos artigos 5º, II, 37 e 84, IV da Constituição Federal de 1988.

¹²⁸ O princípio também “importa garantia do direito de liberdade, pois a Administração não pode intervir limitativamente nos direitos fundamentais dos indivíduos, sem autorização legal” (CUÉLLAR, op. cit., p. 37).

¹²⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso ...*, pp. 71, 75 e MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade ...*, p. 12.

¹³⁰ HARGER, op. cit., p. 155.

¹³¹ “Situação jurídica, criada em lei, onde se estabelece para alguém o dever de atingir uma certa finalidade no interesse de outrem” (HARGER, op. cit., p. 156).

¹³² Idem, p. 157.

A superioridade do interesse da coletividade sobre o do particular decorre do **princípio da supremacia do interesse público**, que atribui prerrogativas ao órgão da Administração “encarregado de zelar pelo interesse público”¹³³. No entanto, quem exerce função administrativa “está adstrito a satisfazer interesses públicos”¹³⁴ (da coletividade) e somente pode utilizar as prerrogativas para tanto.

O interesse público é, portanto, “indisponível”(inalienável), porque informado pela idéia de fim¹³⁵ e porque o administrador não tem a sua “*proprietas*” (não é dono, mas é guarda) do interesse, que “não fica à mercê do agente público”¹³⁶.

Verificada a importância normativa e interpretativa dos princípios jurídicos, especialmente os constitucionais, nenhum deles “deve ser considerado isolado ou auto-suficiente, pois a Constituição é uma lei sistematizada em um conjunto de normas que se encadeiam, coordenam-se para adquirir um significado conjunto” e “pela complementariedade que os caracteriza, os princípios constitucionais são condicionantes uns dos outros”. Assim, “seu entendimento perfeito é sempre uma inteligência extraída do entrosamento que deles se retira”¹³⁷.

Por esta razão, o princípio da eficiência não pode ser visto isoladamente, mas sempre condicionado pelos demais princípios do regime jurídico-administrativo ao qual se submetem as agências reguladoras.

¹³³ Servindo de complemento à superioridade do interesse da coletividade sobre o interesse particular, “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade - internos ao setor público - não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso ...*, p. 34).

¹³⁴ Idem, p. 32.

¹³⁵ “No direito privado prevalece a vontade, no direito administrativo, a finalidade” (LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo.*, 4ª ed., 1964, p. 51).

¹³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.55. O autor destaca ainda que “o titular único do interesse público é o Estado, que tem a disposição do interesse público, mediante o pronunciamento legislativo. A Administração, através de seus órgãos, pessoal ou mesmo pessoas administrativas instrumentais, como as autarquias, jamais tem, em si e por si, a titularidade ... do interesse público, mas apenas sua guarda” (Idem, p.55).

¹³⁷ ROCHA, op. cit., p. 40-41.

2. 4. O conteúdo do princípio da eficiência

A eficiência é conceito “proveniente das Ciências da Administração e Economia, para as quais o conceito “pertence à relação entre trabalho, tempo, investimento e resultado lucrativo obtido em determinada ação empresarial”¹³⁸.

Todavia, o conceito aplicado à atuação da Administração Pública sujeita-se a regime jurídico diverso, conforme ressalta Ubirajara CUSTÓDIO FILHO:

A eficiência na Administração Pública não segue a mesma lógica da eficiência na Administração Privada. Nesta, o predomínio do interesse particular do empresário, a busca do maior lucro, da máxima agilidade e da melhor relação custo-benefício, sem a preocupação com o bem-estar coletivo; enquanto na Administração Pública, o primado da estrita **legalidade e do interesse público** torna obrigatórios certos procedimentos e padrões de conduta, inafastáveis ainda que se invoque a própria eficiência como pretexto. De um lado, o administrador privado pode fazer de tudo, aquilo que não for proibido por lei e assim é que ele trabalha para melhorar a eficiência do seu negócio. De outro lado, ao administrador público somente é dado agir na conformidade da lei e dos procedimentos ali previstos, sendo a lei o limite até aonde a eficiência poderá avançar¹³⁹.

Assim, não pode ser interpretado a partir de uma visão “econômico-administrativa”¹⁴⁰, buscando a eficiência “stricto sensu”¹⁴¹, mas, “num Estado Democrático de Direito, deve ser considerado a partir do respeito aos cidadãos e ao atendimento ao seu bem-estar”¹⁴².

A oposição entre a eficiência e a legalidade é destacada por Jesús Leguina VILLA:

... a eficácia que a Constituição exige da administração não deve se confundir com a eficiência das organizações privadas. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de

¹³⁸ MOREIRA, *Processo...*, pp. 169-175.

¹³⁹ CUSTÓDIO FILHO, op. cit., p. 613.

¹⁴⁰ O que ocasiona distorções, uma vez que no setor privado a eficiência (relação estrita entre objetivos lucrativos) e eficácia da atividade (excelente utilização dos recursos disponíveis) não tem por fim a obediência e respeito ao cidadão, mas a busca do lucro (MOREIRA, *Processo ...*, p. 171).

¹⁴¹ A análise de José Afonso da Silva considera que “eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico”, a partir da “regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível”, orientando “a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que se dispõe e a menor custo”. Conclui que “o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação meios e resultados” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 651).

¹⁴² MOREIRA, *Processo ...*, pp. 169-175.

ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último ...¹⁴³.

Desta forma, “a eficiência é um princípio que se soma aos demais, impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito”¹⁴⁴.

Em consequência, é também um princípio “**instrumental**, servindo de agente para êxito na execução dos demais princípios constitucionais. Não é um fim em si mesmo”¹⁴⁵.

No mesmo sentido, “não deve se reduzir à mera economicidade no uso dos recursos públicos”¹⁴⁶ (relação quantitativa entre o uso dos meios e o atingimento dos fins estabelecidos). ”.

Segundo Paulo MODESTO, “pressupõe a eficácia do agir administrativo (ação idônea: *aptidão do comportamento administrativo para desencadear os resultados pretendidos*)”, mas também a “*racionalidade e otimização no uso dos meios*” (ação econômica ou otimizada: exigência de “economicidade, maximizar os recursos na obtenção de resultados previstos”) e a “*satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública*”¹⁴⁷ (ação satisfatória (dotada de qualidade), enfatizada pela previsão de “avaliação de resultado” do art. 37, §3º da Constituição¹⁴⁸.

¹⁴³ VILLA, Jesús Leguina. *A constituição espanhola e a fuga do direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, ano 2, n 6, set. 1995, p. 637.

¹⁴⁴ DI PIETRO, *Direito ...*, p. 84.

¹⁴⁵ MOREIRA, *Processo ...*, pp. 169-175 (grifos nossos).

¹⁴⁶ Juarez Freitas observam no tocantes ao “princípio da eficiência ou economicidade e otimização da ação estatal”, que “o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro o ótimo”, devendo encontrar a “solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública” e conclui que tal “princípio constitucional está a vedar, expressamente, todo e qualquer desperdício dos recursos públicos ou escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiras ou comprometidas com a busca da otimização ou do melhor para o interesse público” (FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 85-86).

¹⁴⁷ MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Revista Interesse Público, Curitiba, n. 7, 2000, pp. 73-74.

¹⁴⁸ No qual é prevista a edição de lei, regulando a participação do usuário na administração pública, para a “avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”, bem como para “a representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública”.

A eficiência seria “a exigência jurídica, imposta à administração pública (...) de atuação idônea, econômica e satisfatória na realização de finalidades públicas, que lhe forem confiadas por lei ou por ato ou contrato de direito público”¹⁴⁹.

Entendimento semelhante é o de Ubirajara CUSTÓDIO FILHO, ao ressaltar que o princípio constitucional da eficiência “abrange três idéias: prestabilidade, pois o atendimento prestado pela Administração Pública deve ser útil ao cidadão; presteza, porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez; e economicidade, pois a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menor oneroso possível ao erário público”¹⁵⁰, mediante “adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis”¹⁵¹.

A inserção do princípio no caput do art. 37 instituiu “nova forma de controle da Administração Pública”¹⁵² - um “controle *a posteriori* de resultados”¹⁵³ - e a eficiência adquire sentido mais amplo que as previsões constitucionais já vistas, no texto constitucional anterior à EC 19/98.

A constatação também é feita por Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR, para o qual “o princípio da eficiência tem por característica disciplinar a atividade administrativa *nos seus resultados* e não apenas na sua consistência interna (legalidade estrita, moralidade, impessoalidade); é um princípio *fim*, que não impõe apenas limites, mas *resultados*”¹⁵⁴.

Para Alexandre de MORAES, o princípio da eficiência “impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente,

¹⁴⁹ MODESTO, Paulo. *Notas ...*, p.75.

¹⁵⁰ “Conhecido entre os italianos como ‘dever de boa administração, o princípio da eficiência impõe à administração Pública direta e **indireta** a obrigação de realizar suas atribuições com *rapidez, perfeição e rendimento*, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. (...) As atribuições devem ser executadas com *perfeição*, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando sua repetição e reclamos por parte dos administrados. (...) Por fim, tais competências devem ser desempenhadas com *rendimento*, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade”. (GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 19-20).

¹⁵¹ CUSTÓDIO FILHO, op. cit., p. 611.

¹⁵² Conforme entende Egon Bockmann Moreira (op. cit., p. 194).

¹⁵³ MODESTO, op. cit., p. 74.

¹⁵⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n. 35, nov./dez. 2000, p. 151.

participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social”¹⁵⁵.

Explicitando o conceito, o autor elenca as seguintes características do princípio: “*direcionamento da atividade e dos serviços públicos à efetividade do bem comum*” (prevista no art. 3º, IV da Constituição Federal a “promoção do bem de todos” é um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e deve servir de “vetor de interpretação” para a aplicação das leis, a partir da obediência ao “princípio da interesse público”); “*imparcialidade*”¹⁵⁶, “*neutralidade*” (o Estado deve isentar-se “na valoração dos interesses em conflito”); “*transparência*” (para combater a prática de “subornos, corrupção e tráfico de influência”); “*participação e aproximação dos serviços públicos da população*”¹⁵⁷; “*eficácia*” (“adimplemento”, por parte da Administração, das competências e a execução e cumprimento dos objetivos próprios); “*desburocratização*” e “*busca da qualidade*”¹⁵⁸.

Marcelo HARGER entende que o princípio da eficiência é “uma faceta do princípio da legalidade” e significa “a busca da solução que melhor atenda ao interesse público do qual o Estado é curador”, bem como o “dever de administrar, não só de modo razoável e conforme a moral, mas utilizando as melhores opções disponíveis, alcançando a solução que seja ótima ao atendimento das finalidades públicas”¹⁵⁹.

Sob esse aspecto, o autor analisa a eficiência em relação aos atos vinculados e discricionários, concluindo que “os atos vinculados normalmente não

¹⁵⁵ MORAES, op. cit., p. 30. (grifos nossos)

¹⁵⁶ A imparcialidade, segundo Maria Teresa de Melo Ribeiro, consiste na independência perante os “interesses privados, individuais ou de grupo; partidários e políticos do Governo” (RIBEIRO, Maria Teresa de Melo. *O princípio da imparcialidade da administração pública*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 170 *apud* MORAES, op. cit., p. 33).

¹⁵⁷ Em relação aos serviços públicos, Benedicto PORTO NETO ressalta que “o princípio da boa Administração impõe a atuação eficiente do Poder Público na organização e prestação dos serviços. Aquele princípio, por sua vez, também decorre da noção de função pública. Porque a Administração não é senhora dos interesses de que cuida, deve agir com diligência, garantindo, no caso da prestação dos serviços públicos, sua eficiência e qualidade” (PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 45).

¹⁵⁸ MORAES, op. cit., pp. 31-36.

¹⁵⁹ HARGER, op. cit., p. 159.

são afetados pelo princípio”, pois, nesses casos “a lei já determina qual a única solução possível (a solução ótima) para o atingimento do interesse público”¹⁶⁰. Por outro lado, nos atos discricionários o administrador deverá escolher, segundo critérios objetivos¹⁶¹, a “solução que melhor atenderá a finalidade pública prevista na norma, dentre as opções possíveis”. Todavia, em função do princípio da eficiência, a escolha da “melhor opção” não pode ser aleatória, mas, com base no caso concreto. Desta forma, o princípio “serve de baliza para a atuação discricionária dos agentes públicos”¹⁶².

Além de permitir um “controle mais efetivo da competência discricionária dos agentes públicos”¹⁶³, a eficiência “exige que o estado Democrático cumpra efetivamente a tarefa de oferecer utilidades concretas ao cidadão”¹⁶⁴, pois a atividade administrativa existe para a “efetivação do bem comum, respaldando o interesse público”. Assim, “o aparato administrativo foi criado como instrumento da coletividade e, para esse propósito, há de ser eficiente, sendo inaceitável que interesses corporativos se sobreponham ao interesse público”¹⁶⁵.

Decorre do exposto que “o princípio da eficiência só pode ser conhecido em relação a todos os outros princípios imprescindíveis à configuração do interesse público”¹⁶⁶.

¹⁶⁰ Idem, p. 159. O autor observa que o legislador determina “o rumo a ser tomado pelo Estado com o objetivo de tornar efetivos os valores consagrados pela Constituição e procura a melhor solução na gestão dos interesses da sociedade. Enquanto representante do povo, o legislador pode estabelecer em lei “exatamente qual conduta deverá ser adotada pelo poder executivo diante de uma dada situação concreta” - há uma “pré-escolha da solução mais adequada”, determinando a vinculação da atividade da administração pública. Mas há casos em que “não se pode saber previamente qual solução, dentre as várias disponíveis, atenderá o interesse público” e o legislador não estabelece de “modo completo” qual a atuação, cabendo ao administrador escolher, diante do caso concreto, “qual a solução que melhor assegura o atendimento dos interesses coletivos”, configurando-se a discricionariedade (Ibidem, p. 157-158).

¹⁶¹ Em razão da indisponibilidade do interesse público, o administrador não pode escolher a solução que melhor lhe aprouver.

¹⁶² HARGER, op. cit., pp. 160-161.

¹⁶³ A eficiência, de acordo com Marcelo Harger, limita a discricionariedade do agente público e “aumenta o campo de controle do Poder judiciário sobre os atos do Poder Público”, pois “questões que antigamente eram consideradas insindicáveis, por dizerem respeito ao mérito do ato administrativo, agora podem ser analisadas pelo Poder Judiciário”.(HARGER, op. cit., p. 160). A questão será tratada com maior profundidade no capítulo 4 do presente estudo.

¹⁶⁴ MODESTO, op. cit., p. 75.

¹⁶⁵ NIEBUHR, Joel Menezes. *Princípio da eficiência: dimensão jurídico-administrativa*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 70, dezembro/1999, p. 956.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 957.

Nesse passo, consideramos que o princípio constitucional da eficiência deve visto segundo o entendimento de Egon Bockmann MOREIRA:

- a) em primeiro lugar, como estritamente **vinculado aos demais princípios do caput do art. 37**, sendo eficiente a Administração Pública que cumprir com excelência a lei e a moral, de forma impessoal e pública, devendo-se utilizar a eficiência como “máxima instrumental” para se atingir as demais previsões constitucionais;
- b) em segundo lugar, “**dirige-se à maximização do respeito às pessoas**”, assim, os fins legais a serem buscados pela Administração “devem ostentar qualidades sociais positivas”, impondo que o “cumprimento da lei seja concretizado com um mínimo de ônus sociais”, buscando o **interesse público**¹⁶⁷, “sempre em benefício do cidadão” - assim, “num Estado Democrático, não vale a regra do atingimento da eficácia a qualquer custo, mas é essencial que tal objetivo seja alcançado em respeito ao cidadão”;
- c) em terceiro lugar, é “**diretriz de controle interna corporis** da Administração Pública, correspondendo a modo de avaliação interna dos servidores¹⁶⁸; e
- d) em quarto lugar, “**dirige-se ao controle de metas administrativas** preestabelecidas em normas legais e (ou) regulamentares e contratuais”, implicando no “dever de desenvolver, verificar e fiscalizar a atividade administrativa exercida pela Administração”, para verificar a “relação entre os objetivos predefinidos e aqueles alcançados¹⁶⁹”.

Portanto, considerada a instrumentalidade do princípio da eficiência, devem ser afastadas as concepções que o identificam com conceitos das Ciências da Administração e Economia, pois deve ser compreendido como “princípio positivado em exclusivo benefício do cidadão, ampliativo de seus direitos, configurando mais um dever e parâmetro da atividade administrativa pública”¹⁷⁰ e, por conseguinte, das agências reguladoras.

¹⁶⁷ “Acreditamos que tal princípio venha a exigir que a Administração Pública, por meio de seus servidores e prestadores de serviços, prime ela qualidade superior no cumprimento de seus objetivos, que são sempre fins públicos” (BECHO, Renato Lopes. *Princípio da eficiência da administração pública*. Boletim de Direito Administrativo, n. 7, julho/1999, São Paulo: NDJ, p. 439).

¹⁶⁸ Diogo de Figueiredo Moreira Neto conecta o princípio da eficiência ao princípio da profissionalização, por entender que “duas razões impõem o abandono da gestão burocrática tradicional em favor de uma gestão profissional dos interesses públicos: (...) a necessidade de levar a Administração a atuar em campos cada vez mais exigentes de conhecimentos técnicos específicos e (...) a necessidade de evitar que a Administração seja constrangida a atuar com recursos humanos de qualificação inferior ao das entidades da sociedade. A profissionalização (...) corrigirá antiga deformação, difundida e profundamente injusta para os próprios administrados, uma vez que são eles, não poucas vezes e em última análise, que deverão ser atendidos em suas mais importantes demandas por pessoal incompetente, desmotivado, quando não vulnerável à corrupção” (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Apontamentos sobre a reforma administrativa*, p. 29 apud ABRAÃO, José Carlos. *Princípio da eficiência*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 64, p. 444).

¹⁶⁹ MOREIRA, *Processo* ..., pp. 195-199.

¹⁷⁰ MOREIRA, *Processo*..., p. 199.

CAPÍTULO 3 - ATUALIDADE DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

3. 1. Aspectos gerais sobre a experiência norte-americana

O direito norte-americano serviu de modelo para a instituição das agências reguladoras no Brasil, que adotou organismos semelhantes às “*regulatory agencies*” ou “*independent administrative agencies*”¹⁷¹, razão pela qual faz-se necessário observar os aspectos gerais dos entes regulatórios nos Estados Unidos¹⁷².

Apesar da “semelhança” entre os institutos norte-americanos e os implantados em nosso país, a doutrina pátria adverte que não pode ser feito um mero “transplante” das noções de outros países¹⁷³.

Segundo a Lei de Procedimento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), agência é “qualquer autoridade do Governo dos Estados Unidos, esteja ou não sujeita ao controle de outra agência, com exclusão do Congresso e dos Tribunais”. Assim, salvo os três Poderes do Estado, “todas as demais autoridades públicas constituem agências”¹⁷⁴.

Todavia, Leila CUÉLLAR observa que “considera-se agência administrativa o ente governamental encarregado de administrar e implementar uma determinada

¹⁷¹ A respeito da denominação, Leila CUÉLLAR ressalta que “os termos *regulatory agency*, *agency* e *administrative agency* são frequentemente utilizados como sinônimos” (CUÉLLAR, op. cit., p. 87).

¹⁷² A respeito das experiências de regulação na Inglaterra, França e Argentina, consultar SOUTO, op. cit., pp. 159-161; e MOTTA, op. cit., pp. 86-93, para a análise do tema na Comunidade Econômica Européia.

¹⁷³ Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assinala que “o direito administrativo brasileiro inspirou-se no sistema europeu-continental, inteiramente diverso do direito norte-americano, pertencente ao sistema anglo-saxão, o sistema da *common law*, do precedente judiciário. Ali, a ausência de normas legais e constitucionais é suprida pelo poder criador do Judiciário. No direito brasileiro, praticamente tudo está no direito positivo; o direito administrativo está quase inteiramente preso à Constituição. Enquanto no direito norte-americano e em outros países filiados ao sistema da *common law* os institutos novos podem ir sendo criados com maior facilidade, porque sua validade jurídico-constitucional vai sendo analisada e afirmada ou negada pelo Judiciário apenas em face de princípios genéricos constantes na Constituição ou em face de *standards* contidos em leis também genéricas, no Brasil a adoção desses mesmos institutos esbarra a todo momento em normas constitucionais expressas. Como resultado, o direito administrativo está passando na frente do direito constitucional. A Administração Pública copia um modelo do direito estrangeiro e começa aplicá-lo, muitas vezes, com afronta direta flagrante à Constituição ...” (DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 38).

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 133.

legislação, em atendimento ao interesse público nela definido” e que são aquelas cuja autoridade atinja direitos e obrigações dos particulares”¹⁷⁵.

O direito administrativo norte americano “compreende, principalmente, o papel das agências administrativas na sociedade e seus poderes na implementação de políticas públicas”¹⁷⁶, de tal maneira que se afirma que “é o direito das agências”¹⁷⁷.

Lúcia Valle FIGUEIREDO ressalta que “o motivo principal da criação dessas agências pelo americanos estava ligado à alta especialização nos vários campos de atuação do Executivo e ao entendimento de que, se houvesse possibilidade de gente especializada executar, melhor seria a prestação do serviço ou a fiscalização”¹⁷⁸.

De acordo com a “natureza dos poderes que lhes são conferidos”, as agências são reguladoras (“*regulatory agencies*”, com poderes normativos e decisórios delegados pelo Congresso norte-americano para estabelecer regras para setores econômicos privados, condicionar direitos e liberdades dos particulares e resolver conflitos intersubjetivos) e não reguladoras (“*non regulatory agencies*”, “*social welfare agencies*” ou “*benefectary agencies*”, que desempenham “funções relativas à proteção dos trabalhadores ou o pagamento de pensões”, reconhecendo benefícios aos cidadãos)¹⁷⁹.

Conforme a autonomia em relação ao Poder Executivo, as agências são independentes (“*independent regulatory agencies*” ou “*comissions*”¹⁸⁰, nas quais “o Presidente não tem poder de destituir seu pessoal, porque somente o Congresso tem tal possibilidade”¹⁸¹, mas submetem-se à intervenção presidencial na coordenação das políticas públicas, ao controle do Congresso, pelo veto

¹⁷⁵ CUÉLLAR, op. cit., p. 88.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 89.

¹⁷⁷ DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 133.

¹⁷⁸ FIGUEIREDO, op. cit., p. 139.

¹⁷⁹ CUÉLLAR, op. cit., p. 91.

¹⁸⁰ Da quais são exemplos a *Securities and Exchange Comission* e a *Federal Communications Comission* (CUÉLLAR, op. cit., p. 95). Para análise das características e recente atuação desta última nos Estados Unidos, consultar MOTTA, op. cit., pp. 76-78.

¹⁸¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 139. A autora ressalta que “a justificativa para a proibição é que a cessão, a uma agência, de poderes quase-legislativos e quase-judiciais necessita da permanência de seus membros, que não poderiam ficar na dependência presidencial” (Idem, p. 140). A destituição dos dirigentes pelo Presidente dos Estados Unidos somente é admitida quando verificada “justa

legislativo¹⁸²) e executivas (“*executive agencies*”, nas quais o “Chefe do Poder Executivo possui poder absoluto de remoção dos ocupantes de cargos de direção, sem necessidade de aprovação do ato pelo Congresso”¹⁸³).

Apesar desta diferença, todas estão sujeitas à intervenção presidencial para “coordenar as atividades das agências e assegurar que se respeite a política do governo, além de intervir no “procedimento normativo das agências, através de “medidas previstas em ordens executivas (*executive orders*)”. Além disso, o APA prevê a revisão jurisdicional da atividade normativa e decisória das agências administrativas e o Congresso fiscaliza a atuação das agências, uma vez que possui poderes para criar e organizar agências administrativas, controlar o orçamento das agências; investigar as atividades e controlar a atuação das agências, “através da aprovação de leis que condicionem o exercício da atividade, fixando coordenadas...”¹⁸⁴.

Todas as agências são criadas por lei, com poderes “quase-legislativos e “quase-judiciais” outorgados pelo Poder Legislativo, ou seja, podem editar normas e fiscalizar, investigar, punir e decidir controvérsias¹⁸⁵.

Lúcia Valle FIGUEIREDO acentua que os poderes “quase-legislativos” são objeto de polêmica, (...) uma vez que ditas agências não teriam sido eleitas pelo povo, tal como os membros do Poder Legislativo; portanto, não sendo elas detentoras da delegação popular, seu poder regulador poderia ser discutido”¹⁸⁶.

Inicialmente, os Tribunais entenderam que “o poder legislativo, conferido ao Congresso pela Constituição não poderia ser delegado (“princípio da não delegação”), pois inconstitucional.

Mas aos poucos a jurisprudência norte-americana passou a entender que “as delegações são necessárias, pela proliferação das atividades das agências, em

causa (ação danosa ou ilegal e omissão), revelando que “os diretores detêm estabilidade e uma maior liberdade de atuação”(CUÉLLAR, op. cit., p. 92).

¹⁸² Tal possibilidade é prevista no *Congressional Review Act (CRA)*, de 1996, pelo qual “o Congresso pode, em tese, rever e desaprovar todas as regras emanadas das agências federais” (CUÉLLAR, op. cit., p. 93).

¹⁸³ CUÉLLAR, op. cit., p. 95. A autora cita que são agências executivas os *Department of Health and Human Services* e o *Department of Defense*.

¹⁸⁴ CUÉLLAR, op. cit., p. 93.

¹⁸⁵ Ibidem, pp. 95-96.

¹⁸⁶ FIGUEIREDO, op. cit., p. 138.

setores extremamente diversos entre si”, com a “absoluta impossibilidade do Congresso possuir todos os conhecimentos técnicos para bem legislar sobre essas atividades de interesse público”¹⁸⁷. No entanto, a delegação de poderes normativos é condicionada à observância dos “*standards*”, “diretrizes legislativas suficientemente claras e concretas, para que as agências atuem segundo a vontade do legislador, com a mínima discricionariedade”¹⁸⁸.

Os poderes “quase-judiciais”¹⁸⁹ também são questionados pela doutrina e pela jurisprudência, mas em menor intensidade, porque as decisões das agências submetem-se ao controle do Poder Judiciário¹⁹⁰.

No direito norte-americano, agências reguladoras inserem-se na categoria das agências administrativas¹⁹¹, influenciando o modelo adotado no Brasil., cabendo agora analisar, primeiramente, os desafios que se apresentam à atividade desempenhada pelas agências em nosso país.

3. 2. A regulação e os desafios à atividade das agências

A partir das mudanças verificadas “com a extinção total ou parcial do monopólio estatal de alguns serviços públicos e outras atividades e com a transferência total ou parcial, ao setor privado da execução de tais serviços e atividades, mediante concessões, permissões ou autorizações, surgiram no ordenamento brasileiro as respectivas agências reguladoras”¹⁹².

Nesse contexto, “a redução da atuação direta estatal deve ser acompanhada pelo incremento de instrumentos de acompanhamento e fiscalização da atividade empresarial”¹⁹³, mas “o objetivo da regulação não é tanto controlar as empresas,

¹⁸⁷ MOTTA, op. cit., p. 74.

¹⁸⁸ CUÉLLAR, op. cit., p. 99.

¹⁸⁹ Paulo MOTTA destaca a existência de “regulamentação para que a decisão dos conflitos caiba a pessoas sem vínculo com as agências, no caso, os chamados árbitros independentes”. A este respeito consulte-se MOTTA, op. cit., pp. 81-82.

¹⁹⁰ CUÉLLAR, op. cit., p. 99.

¹⁹¹ Ibidem, p. 95.

¹⁹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo, 1999, p. 83.

¹⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Empresa, ordem econômica e Constituição*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, nº 212, 1998, p. 131.

quanto proteger a sociedade na execução de atividades que resultam essenciais para a vida e bem-estar daquela”¹⁹⁴.

Gaspar Ariño ORTIZ assinala que “no novo modelo de organização estatal, em que se busca a redução da atuação do Estado, e igualmente a melhoria dos serviços e atividades desempenhados pelos particulares, tem-se entendido que separar a autoridade reguladora da Administração, atribuindo-se a função regulatória a um ente técnico e independente (de qualquer manipulação política ou de interesses econômicos) é **condição indispensável para uma regulação eficiente**”¹⁹⁵.

No mesmo sentido, Giandomenico MAJONE ressalta, entre “as conseqüências estruturais (...) da mudança para um modelo regulador de governança”, a “ascensão de uma classe de agências especializadas (...). As demandas administrativas são melhor atendidas por organizações flexíveis a altamente especializadas que gozem de autonomia considerável no processo de tomada de decisões: as agências reguladoras (...)”¹⁹⁶.

Desta forma, as agências surgem com a missão de “regular segmentos do mercado e serviços públicos, protegendo o consumidor, garantindo a livre escolha, o abastecimento (garantia da oferta dos serviços) e preços acessíveis”, além da prevenção dos conflitos, “através da elaboração de diretrizes que traduzem os conceitos de eficiência técnica e financeira para o caso concreto do segmento regulado”¹⁹⁷.

Em relação às **atividades econômicas em sentido estrito**, as agências devem “regular, normatizar, controlar e fiscalizar as atividades desenvolvidas por particulares, tendo em vista o interesse público (desenvolvimento de ações de

¹⁹⁴ El objetivo de la regulación no es tanto controlar las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y bienestar de aquélla” (ORTIZ, Gaspar Ariño. *Il nuevo servicio público*. In: *Principios de derecho público económico (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*. Granada, 1999, pp. 554-555.

¹⁹⁵ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado: crisis y reforma del setor público*. Madrid: Marcial Pons, 1993, p. 273 *apud* CUÉLLAR, op. cit., p. 83.

¹⁹⁶ MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e conseqüências de mudanças no modo de governança*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 1, jun./mar. 1999, p. 19.

¹⁹⁷ SOUTO, *Agências ...*, p. 130.

proteção à saúde, no caso da ANS e da ANVS) e a defesa dos interesses dos consumidores”¹⁹⁸.

Conforme já visto em capítulo anterior, a regulação não incide somente sobre os serviços públicos privatizados, mas também sobre atividades econômicas em sentido estrito e, nos dois âmbitos, assume caráter diverso: frente às atividades econômicas em sentido estrito - “atividades reservadas à iniciativa privada, em que há liberdade de iniciativa e de concorrência” - objetiva-se a manutenção de regras de competição entre os particulares¹⁹⁹; na “seara dos serviços públicos, em que há submissão aos princípios do regime jurídico de direito público, cabe ao Estado disciplinar integralmente a atuação pública, ainda que desenvolvida por particulares”, cuja atuação “fica vinculada à realização do interesse público”. Nos contratos de concessão, por exemplo, são estabelecidas as condições de prestação do serviço, formas de fiscalização e controle por parte do Poder Público, hipóteses de rescisão contratual, direitos dos usuários, etc.”²⁰⁰

Em relação aos **serviços públicos privatizados**, Juarez FREITAS ressalta que “a titularidade do serviço público (...) pertence irrenunciavelmente ao Poder Público. A execução é que tanto pode ser realizada pela Administração direta (...) como delegada a entes privados por contrato (concessão ou permissão) ou por ato administrativo precário e discricionário (autorização)...”²⁰¹.

Assim, “a eficiência, na execução de qualquer serviço público dependerá sempre do atuar uniforme do Estado, eis que o ‘poder público, em absoluto, não abandona a paternidade na execução dos serviços públicos, mesmo delegados, porque não desaparece o risco de sua responsabilidade’²⁰². Da mesma forma entende Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, para o qual “o ente público, apesar de haver assinado contrato de concessão, continua na sua posição de poder

¹⁹⁸ CUÉLLAR, op. cit., p. 110.

¹⁹⁹ Juan Carlos Cassagne ressalta que a intervenção do Estado “en el campo reservado a la actividad individual debe ajustarse al llamado principio de la suplencia o subsidiariedad, por cuyo mérito la intervención estatal sólo procede ante la ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada” e que, portanto, “la intervención no consiste, pues, nunca en un fin en sí misma sino en una sustitución o suplencia de la iniciativa privada” (CASSAGNE, *Derecho ...*, p. 317).

²⁰⁰ CUÉLLAR, op. cit., pp. 65-66.

²⁰¹ FREITAS, *Estudos ...*, p. 34.

²⁰² FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Os serviços de utilidade pública: processo jurídico de racionalização pela tutela e fiscalização das entidades delegadas de serviço público*. Curitiba: Empresa Gráfica Paranaense de Plácido e Silva, 1940, p. 10 *apud* MOTTA, op. cit., p. 96.

público e, por consequência, com a atribuição de regulamentar o serviço público concedido”²⁰³.

Caio TÁCITO assinala que “a privatização transfere o serviço público à gestão privada”, mas “o poder público, retém, contudo, a supervisão sobre o exercício regular da atividade, em garantia dos usuários, na preservação do interesse geral, que o Estado representa.”²⁰⁴. A este respeito, entende Marçal Justen Filho que “a concessão não produz modificação do regime jurídico que preside a prestação do serviço público em privado”, pois “na concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestar o serviço”²⁰⁵.

Nesse sentido, o Poder Público é verdadeiro “fiador da adequada disponibilização dos serviços públicos” privatizados, cabendo a ele “exigir eficiência e atualização de quem os presta”, o que revela o “poder-dever de fiscalização” desses, atividade que “vincula-se à realização do próprio interesse público.”²⁰⁶.

A necessidade de regulação dos serviços públicos também é destacada por Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, que entende ser a concessão “um fenômeno jurídico onde a utilidade social deve ser levada em conta, afim de que não se firmem contratos verdadeiramente cerceadores não só da vontade criadora do governo como das populações”²⁰⁷.

Sobre o assunto, convém ressaltar o entendimento de Gaston JÈZE:

Toda vez que se esta na presença de um serviço público (...), verifica-se a existência de regras jurídicas especiais (...) que têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazendo, na forma mais rápida e completa que seja possível, as necessidades de interesse geral (...). Estas regras jurídicas especiais (...) convergem nesta idéia essencial: o interesse

²⁰³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Aspectos da regulamentação dos serviços públicos*. Revista Forense, LXXXVII, v. 87, pp. 17-18.

²⁰⁴ TÁCITO, *Agências ...*, p. 5.

²⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Algumas considerações acerca da concessão de serviço público*. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 471.

²⁰⁶ BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira e BAPTISTA, Wagner Nogueira França. *Concessões de serviço público e sua fiscalização*. Boletim de Direito Administrativo, n. 1, janeiro/2000, p. 27.

²⁰⁷ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Concessão de serviços públicos em direito administrativo*: these apresentada ao Primeiro Congresso Jurídico Universitário do Brasil, reunido na cidade de Salvador. Curitiba: 1936 *apud* MOTTA, op. cit., p. 95.

particular deve ceder ante ao interesse geral”²⁰⁸, [pois] “o procedimento de direito público tem seu fundamento na idéia de desigualdade dos interesses em conflito: o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado”²⁰⁹.

A regulamentação e fiscalização permanente dos serviços públicos concedidos são alguns dos encargos dispostos nos arts. 29 e 30 da Lei nº 8.987/95 em relação ao poder concedente, cabendo-lhe ainda: cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão, aplicar as penalidades regulamentares e contratuais, zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, incentivar a competitividade e estimular a formação de associação de usuários para defesa dos interesses relativos ao serviço, dentre outras atribuições.

Os usuários dos serviços públicos têm o direito (art. 7º da Lei nº 8.987/95) de receber serviço adequado; obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente; levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado, dentre outros previstos no art. 7º da Lei nº 8.987/95.

À concessionária incumbe prestar serviço adequado, na forma prevista na Lei de Concessões (art. 6º da Lei nº 8.987/95), nas normas técnicas aplicáveis e no contrato (art. 31 da Lei). Marçal JUSTEN FILHO comenta o artigo 6º da lei nº 8.987/95, ressaltando que “o serviço será adequado quando for eficiente” e que “o §1º do art. 6º produz um detalhamento do que se reputa como eficiência. Em suma, a **eficiência** consiste no desempenho concreto das atividades necessárias à prestação das utilidades materiais, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, com imposição do menor encargo possível, inclusive do ponto de vista econômico. Eficiência é a aptidão da atividade a satisfazer necessidades do modo menos oneroso”²¹⁰.

²⁰⁸ “Toda vez que se está en presencia de un servicio público (...), se verifica la existencia de reglas jurídicas especiales (...), todas las cuales tienen por objeto facilitar el funcionamiento regular y continuo del servicio público, satisfaciendo, en la forma más rápida y completa que sea posible, las necesidades de interés general. (...) Estas reglas jurídicas especiales (...) convergen en esta idea esencial: el interés particular debe ceder ante el interés general” (JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949, pp. 4, 6).

²⁰⁹ “... el procedimiento del derecho público tiene su fundamento en la idea de desigualdad de los intereses en conflicto: el interés público debe prevalecer sobre el interés privado” (JÈZE, op. cit., p. 6).

²¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 124.

Então, “a expressão prestar serviço público adequado traz embutida em si mesma a observância de todos os princípios que norteiam a prestação de serviços públicos, quais sejam: o princípio da permanência (que impõe a continuidade, constância do serviço na área e período de sua prestação), o princípio da generalidade (ou seja, a prestação do serviço a todos os usuários, indistintamente), o **princípio da eficiência** (que significa prestar um serviço satisfatório, qualitativa e quantitativamente, exigindo, inclusive, a sua atualização) e o princípio da modicidade (que indica preços razoáveis, ao alcance dos seus destinatários) e o princípio da cortesia (que se traduz no bom tratamento com o público)”²¹¹.

Verificar-se, desta forma, que a concessão de serviços públicos constitui “um triângulo de interesses: os econômicos do concessionário, que é um investidor perseguindo lucros; os políticos do poder concedente, que como Estado deve, ao menos em tese, assegurar o interesse público ...; e os do usuário, também marcadamente econômicos” e “antagônicos em relação aos do concessionário”.

Esse “conflito de interesses privados e coletivos poderá ser resolvido pela implementação dos interesses (...) do Estado, mediante o atuar das agências reguladoras, garantindo (...) o equilíbrio das três partes”²¹². Todavia, para Juan Carlos CASSAGNE, “... os entes reguladores não se limitam somente à tutela dos usuários (...), já que têm de cumprir todos os fins que justificaram sua criação mediante uma série de funções (...) tendentes a resguardar os direitos e interesses dos diferentes protagonistas que se relacionam com a atividade prestacional”²¹³.

Sob esse aspecto, as agências reguladoras foram “introduzidas para assumir o papel que, na concessão, era antes desempenhado pela própria Administração Pública direta, na qualidade de poder concedente”²¹⁴ e “... no que diz respeito à

²¹¹ BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira e BAPTISTA, Wagner Nogueira França. *Concessões de serviço público e sua fiscalização*. Boletim de Direito Administrativo, n. 1, janeiro/2000, p. 26.

²¹² MOTTA, op. cit., p. 42.

²¹³ “... los entes regulatorios no se limitan sólo a la tutela de los usuarios (...) ya que tienen que cumplir todos los fines que han justificado su creación mediante una serie de funciones (...) tendentes a resguardar los derechos e intereses de los diferentes protagonistas que se relacionan con la actividad prestacional” (CASSAGNE, Juan Carlos. *Los nuevos entes regulatórios*. Revista de Derecho Administrativo, ano 5, 1993, Buenos Aires: ed. Depalma, p. 488 *apud* MATTOS, op. cit., p. 85).

²¹⁴ DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 131.

permissão, concessão e autorização de serviço público”, suas atribuições “resumem-se a: regulamentar os serviços que constituem objeto da delegação, realizar o procedimento licitatório para escolha do concessionário, permissionário ou autorizatório, celebrar o contrato de concessão ou permissão ou praticar o ato unilateral de outorga da autorização, definir o valor da tarifa e de sua revisão ou reajuste (quando for o caso), controlar a execução dos serviços, aplicar sanções, (...) exercer o papel de ouvidor das denúncias e reclamações dos usuários ...”²¹⁵.

Benedicto PORTO NETO ressalta que a eficiência na prestação dos serviços públicos também é devida por parte dos concessionários, pois “enquanto o Poder Público deve organizar o serviço de forma eficiente e com qualidade, tirando o melhor proveito possível dos recursos econômicos e humanos nele empregados, a concessionária está obrigada a prestá-la nas mesmas condições(...). Esses princípios determinam que o serviço satisfaça as necessidades dos usuários e que dos recursos nele empregados extraia-se a maior qualidade na sua prestação. A concessionária, por sua vez, deve sempre perseguir a maior qualidade no cumprimento das normas regulamentares do serviço”²¹⁶.

Desta forma, às agências reguladoras compete “a permanente tarefa da fiscalizar a implementação das técnicas gerenciais modernas, com o objetivo de que o concessionário preste o serviço público com eficiência, qualidade e preços competitivos”²¹⁷.

A Secretaria Geral da Presidência definiu que “qualidade do serviço público é qualidade de um serviço, sem distinção de prestado por instituição de caráter público ou privado; busca-se a otimização dos resultados pela aplicação de certa quantidade de recursos e esforços, incluída, no resultado a ser otimizado, primordialmente, a satisfação proporcionada ao consumidor ou usuário”²¹⁸.

As agências reguladoras devem também manter “o adequado equilíbrio entre a política de privatização e a preservação do interesse público, harmonizando a

²¹⁵ DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 132.

²¹⁶ PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 89.

²¹⁷ MATTOS, op cit., p. 73.

²¹⁸ Portaria nº 05, de 14.11.1991, do presidente do Comitê Nacional de Qualidade e Produtividade, secretário geral da Presidência da República, *apud* MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 36.

liberdade com a adequação dos fins básicos da manutenção dos interesses da comunidade”²¹⁹.

Com base no exposto, para poder controlar de forma eficiente as empresas privadas que assumem a prestação dos serviços públicos e o exercício de determinadas atividades econômicas relevantes para a sociedade, algumas “premissas básicas” devem adotadas enquanto “desafios” para a atuação das agências reguladoras:

- necessidade de possuir ampla autonomia técnica, administrativa e financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias;
- necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares;
- necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às exigências do serviço;
- necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do serviço²²⁰.

Nesse passo, cabe analisar a natureza jurídica destas autarquias sob regime especial e verificar a presença de aspectos que ressaltem sua independência, bem como as formas de controle incidentes sobre a regulação desempenhada pela agências, para que estas exerçam suas atribuições, em busca da realização do princípio constitucional da eficiência, que é instrumento para a observância dos demais princípios que regem a Administração Pública.

3. 3. Natureza jurídica: autarquias sob regime especial

A configuração jurídica de autarquias especiais é adotada por todas as agências reguladoras²²¹.

²¹⁹ TÁCITO, *Agências...*, p. 5.

²²⁰ AZEVEDO, op. cit., p. 142.

²²¹ Conforme já ressaltado no Capítulo 1 do presente estudo, todas as agências foram criadas como **autarquias sob regime especial** (ANEEL: art. 1º da Lei 9.427/96; ANATEL: art. 8º da Lei 9.472/97; ANP: art. 7º da Lei 9.487/97; ANVISA: art. 3º da Lei nº 9.782/99; ANS: art. 1º da Lei 9.961/2000; e ANA: art. 3º da Lei 9.984/2000).

O termo “autarquia” é “formado de dois elementos justapostos: *autos* (=próprio) e *arquia* (= comando, governo, direção), significa, etimologicamente, ‘comando próprio, direção própria, autogoverno’²²².

Nos termos do Decreto-Lei 200/67, a *autarquia* é definida como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprios para executar as atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”(art. 5º, I). Tal definição “peca por deixar de explicitar que a personalidade jurídica é de direito público – característica básica da autarquia - mas deixa claro que se destina a exercer atividades típicas da Administração de forma descentralizada, que exijam autonomia administrativa e financeira”²²³.

Na lição de Hely Lopes MEIRELLES, “a Autarquia não age por delegação, age por direito próprio e com autoridade pública, na medida do jus imperii que lhe foi outorgado pela lei que a criou. Como pessoa jurídica de Direito Público interno, a autarquia traz ínsita, para a consecução de seus fins, uma parcela do poder estatal que lhe deu vida. Sendo um ente autônomo, não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal a que pertence, porque, se isto ocorresse, anularia seu caráter autárquico. Há mera vinculação à entidade matriz que por isso, passa a exercer, um controle legal, expresso no poder de correção finalística do serviço autárquico”²²⁴. Para Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, a autarquia é “pessoa jurídica com capacidade jurídica específica de direito público, em matéria executiva ou administrativa *strictu sensu*”²²⁵.

²²² CRETELLA JÚNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 138. A este respeito, o autor ressalta a concepção de ZANOBINI, para o qual a “autarquia (...) é a faculdade reconhecida ao ente de administrar-se por si mesmo, isto é, de agir para a consecução dos próprios fins, mediante o desdobramento, onde ocorra, de atividade administrativa, que tem a mesma natureza e os mesmos efeitos inerentes à Administração do Estado” (ZANOBINI, *L'amministrazione locale*, 3ª ed., 1936, pp. 137-138 *apud* CRETELLA JÚNIOR, *Administração...*, p. 129). Para SANTI ROMANO, “... autarquia é forma específica da capacidade de direito público ou, mais concretamente, a capacidade de governar por si os próprios interesses, embora estes digam respeito também ao Estado” (SANTI ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 3ª ed., 1937, p. 84 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 131).

²²³ AZEVEDO, op. cit., p. 142.

²²⁴ MEIRELLES, op. cit., p. 298.

²²⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 189.

Assim também destaca Juan Carlos CASSAGNE, para o qual as “entidades autárquicas” são “aquelas que se caracterizam por realizar competências administrativas (não industriais ou comerciais) com um regime essencial de direito público”²²⁶. Para o autor, os “elementos constitutivos da entidade autárquica são: a) personalidade jurídica própria; b) *subtractum* econômico financeiro que permita a constituição de um patrimônio estatal de afetação a fins determinados; e c) cumprimento de uma finalidade especificamente estatal, quer dizer, não industrial ou comercial”²²⁷.

Enrique SAYAGUÉS LASO “vê, na autarquia, a capacidade especial de direito público, consistente em administrar os próprios interesses, sendo que estes são também do Estado”²²⁸. No mesmo sentido, Lúcia Valle FIGUEIREDO entende que as autarquias “são pessoas jurídicas de direito público, de capacidade administrativa, criadas pelo Estado para persecução de finalidades públicas; de conseguinte, submetem-se ao regime jurídico de direito público”²²⁹.

Manoel de Oliveira Franco SOBRINHO ressalta que “a figura autarquia indica, desde a sua criação e formação, autonomia nos limites prefixados de regime e pelo sistema jurídico positivo. Autonomia não no sentido de se organizar juridicamente, mas no sentido de adaptar a pessoa (organismo) à ordem jurídica peculiar que a gerou. Administrando-se a si mesma, uma autarquia, na consecução dos próprios fins, representa o Estado, o peculiar interesse público estatal”²³⁰.

Para Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, a autarquia é “pessoa jurídica de direito público com capacidade exclusivamente administrativa” e caracteriza-se por ser criada e extinta somente por lei; submeter-se à tutela (“controle

²²⁶ “Entidades autárquicas: son aquellas que se caracterizan por llevar a cabo cometidos típicamente administrativos (no industriales y comerciales) com un régimen esencial de derecho público”. (CASSAGNE, *Derecho...*, p. 311).

²²⁷ “Los elementos constitutivos de la entidad autárquica son: a) personalidad jurídica propia; b) *subtractum* económico financiero que permita la constitución de un patrimonio estatal de afetación a fines determinados, y c) cumplimiento de una finalidad específicamente estatal, es decir, no industrial o comercial” (Ibidem, p. 333).

²²⁸ LASO, Enrique Sayagués. *Tratado de derecho administrativo*. v. I, 1953, pp. 233-234 *apud* CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 133.

²²⁹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 128. Lucia Valle Figueiredo ressalta ainda que o regime de bens da autarquia “é o de direito público, tal seja, inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade”.

²³⁰ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 61.

administrativo do ente político que a tenha criado”²³¹) e ao controle exercido pelo Tribunal de Contas; responder pelos próprios atos, com a responsabilidade subsidiária do Estado²³².

Leila CUÉLLAR sintetiza:

... para compreender a noção de autarquia é fundamental distinguir seu conceito no âmbito das manifestações estatais. O Estado pode desenvolver as atividades que estão sob seu encargo, diretamente, através de seus órgãos e agentes, ou indiretamente, por meio de outros sujeitos, por ele criados, dotados de personalidade jurídica de direito público (como é o caso das autarquias) ou de direito privado. A distinção entre autarquia e Administração Direta reside na ausência de capacidade política daquela, mas se constitui em pessoa distinta do Estado, além do fato de ser criada em lei, ter sua finalidade e a limitação de sua liberdade administrativa previstas na lei que a institui, possuir recursos e patrimônios próprios, submetendo-se ao ‘controle tutelar’. As autarquias contrapõem-se a outras entidades criadas com o escopo de realizar, indiretamente, atividades administrativas de competência do Estado, vez que estas consistem em manifestações privadas (sociedades de economia mista, empresas públicas) e a característica distintiva fundamental decorre do fato de possuir a autarquia personalidade de direito público e capacidade exclusivamente administrativa²³³.

No tocante às agências reguladoras, a autora ressalta ainda que às mesmas foram atribuídas algumas características inerentes às “autarquias clássicas”, pois são pessoas jurídicas de “direito público, criadas por lei e que somente por lei podem ser extintas”, “exercem atividades e serviços administrativos (regulação e fiscalização da atividade econômica em sentido amplo), possuem capacidade administrativa, autonomia patrimonial, mas permanecem sob o controle e tutela do Estado quanto à sua organização, administração e fiscalização financeira”²³⁴.

Eurico de Andrade AZEVEDO analisa a necessidade de configuração do regime especial para as agências:

Lamentavelmente, porém, no decorrer dos anos, o controle finalístico das autarquias (controle de resultados) foi sendo substituído pelo controle de meios de sua atuação (admissão de funcionários, folha salarial, licitações etc.) resultando no engessamento de suas atividades, de tal sorte que pouco se distinguiram as autarquias de um departamento da administração direta. Daí a necessidade de se encontrara novos caminhos para escapar dessas restrições genéricas que, visando a coibir determinados abusos, acabaram por emperrar a entidade descentralizada. A solução encontrada foi a criação da autarquia sob regime especial, que se

²³¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 130.

²³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Direito ...*, pp. 130-136.

²³³ CUÉLLAR, op. cit., pp. 128-129.

²³⁴ Ibidem, p. 129.

distingue da autarquia comum apenas por lhe conferir a lei maiores privilégios, de modo a ampliar a sua autonomia e possibilitar o cumprimento adequado de suas finalidades²³⁵.

O regime especial conferido às agências “vem definido nas respectivas leis instituidoras, dizendo respeito, em regra, à maior autonomia em relação à Administração direta; à estabilidade de seus dirigentes, garantida pelo exercício de mandato fixo, que eles somente perder nas hipóteses expressamente previstas, afastada a possibilidade de exoneração *ad nutum*; ao caráter final de suas decisões, que não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública”²³⁶.

Para “outorgar às agências reguladoras uma natureza jurídica apta a atender aos escopos almejados com sua instituição”, o legislador observou, dentre outros fatores, “a necessidade de conferir grau elevado de independência aos órgãos reguladores (com sua desvinculação da Administração Direta)”²³⁷.

Não existe lei que defina genericamente “o que se deva entender por tal regime”, cumprindo-se “investigar, em cada caso, o que se pretende com isso”. Significa, genericamente, que as agências “desfrutariam de uma liberdade maior do que as demais autarquias”²³⁸.

Nesse sentido, “a especialidade de cada agência está traçada na lei que a cria e decorre das previsões legais ‘especiais’ que a adornam” e não se pode “estender os mesmos elementos encontrados em relação a uma entidade para outra (s), pois isto consistiria inclusive em agressão, desconsideração da própria noção de especialidade. Assim, haverá graus diferentes de especialidade mediante verificação das disposições legais específicas relativas a cada órgão regulador”²³⁹.

A maior parte das leis instituidoras das agências²⁴⁰ ressalta a “independência administrativa”, “ausência de subordinação hierárquica” e “autonomia financeira”,

²³⁵ AZEVEDO, op. cit., p. 142-143.

²³⁶ DI PIETRO, *Parcerias* ..., p. 131.

²³⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 123.

²³⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Direito* ..., p. 139.

²³⁹ CUÉLLAR, op. cit., p. 133.

²⁴⁰ Art. 8º, §2º da Lei nº 9.472/97 (ANATEL): ...”A natureza de autarquia especial conferida à Agência é caracterizada por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. Art. 1º do Decreto 2.335/97 (ANEEL): “É constituída a agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, autarquia sob regime especial, com

mas, de acordo com Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO, estas não são peculiaridades das agências, pois “são elementos intrínsecos de toda e qualquer autarquia”, residindo a peculiaridade no “grau mais ou menos intenso destes caracteres”²⁴¹.

Desta forma, cumpre analisar de que maneira as leis instituidoras das agências reguladoras asseguram, dentro de sua submissão ao regime jurídico-administrativo, a independência necessária para uma atuação eficiente.

personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, ...”. Art. 1º do Decreto 2.455/98 (**ANP**): “Fica implantada a Agência Nacional do Petróleo - ANP, autarquia sob regime especial, com personalidade jurídica de direito público e autonomia patrimonial, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério de Minas e Energia, com prazo de duração indeterminado, como órgão regulador da indústria do petróleo, ...”. Art. 3º, parágrafo único da Lei nº 9.782/99 (**ANVISA**): “A natureza de autarquia especial conferida à Autarquia é caracterizada pela independência administrativa, estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira”. Art. 1º, parágrafo único da Lei nº 9.961/2000 (**ANS**): “A natureza de autarquia especial conferida à ANS é caracterizada por autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, autonomia nas suas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes”. Art. 3º, *caput*, da Lei nº 9.984/2000 (**ANA**): “Fica criada a Agência Nacional de Águas - ANA, autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, ...”.

²⁴¹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Direito ...*, p. 140.

CAPÍTULO 4 - AGÊNCIAS REGULADORAS E O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

4. 1. Pressuposto: submissão ao regime jurídico-administrativo

As agências reguladoras integram a Administração Pública Indireta²⁴², submetendo-se ao regime jurídico-administrativo, que compreende o “conjunto de regras e princípios a que se deve subsumir a atividade administrativa no atingimento de seus fins”²⁴³.

Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, o regime é formado pelo “conjunto de prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares”²⁴⁴. A autora ressalta que “o direito administrativo nasceu e desenvolveu-se baseado em duas idéias opostas”: a proteção dos direitos individuais frente ao Estado e a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que “conduz à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública”, configurando-se a “bipolaridade: liberdade do indivíduo” (restrições, como a observância da legalidade, da finalidade pública e dos demais princípios constitucionais) e “autoridade da Administração” (prerrogativas, tais como a auto-executoriedade, presunção de veracidade de seus atos, poder de requisitar bens e serviços, de aplicar sanções”, dentre outras).

Assim, “há uma espécie de tensão, que é da essência do interesse público e que confere à Administração uma série de privilégios; e, em contraposição, circunscreve a ela o respeito a todos os membros que compõem a coletividade (...). Em se considerando que a Administração Pública tem o dever vocacionado à realização do bem comum - operacionalizando o interesse público manifesto nas

²⁴² Maria Sylvia Zanella DI PIETRO ressalta que, do ponto de vista “subjetivo” (sujeitos que exercem a atividade administrativa), a “Administração Pública abrange todos os entes aos quais a lei atribui o exercício dessa função” e, de acordo com a enumeração legal do artigo 4º do Decreto-lei nº 200/67, a administração federal compreende a “administração direta (serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios)” e a administração indireta (que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) autarquias; b) empresas públicas; c) sociedades de economia mista; d) fundações públicas” (DI PIETRO, *Parcerias ...*, pp. 61-62).

²⁴³ FIGUEIREDO, op. cit., p. 63.

²⁴⁴ DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 66.

necessidades da sociedade em detrimento dos interesses meramente individuais - é a ela garantida uma gama de poderes prevalecentes à esfera privada”. Assim, para propiciar o bem de todos, o exercício da atividade administrativa requer atributos e prerrogativas especiais”²⁴⁵

Romeu Felipe BACELLAR FILHO justifica o regime jurídico-administrativo para a “consecução do bem comum”:

A Administração Pública, em face da notória incumbência de promover o bem comum no seio social, detém certo privilégio no seu relacionamento com o particular, configurando-se, por conseguinte, uma relação jurídico-administrativa verticalizada. Com efeito, tais privilégios não passam de prerrogativas administrativas, concedidas ao Poder Público por força da autoridade e do princípio da supremacia do interesse público sobre o individual, com vistas à consecução do bem comum. Essas prerrogativas não têm equivalente nas relações privadas. Existem para possibilitar um melhor controle do equilíbrio social, tornando viável o convívio entre os cidadãos. (...) Situam-se no mesmo patamar de importância tanto as prerrogativas do Poder Público quanto as sujeições que se lhe impõem, completando, assim, os caracteres formadoras do Regime Jurídico Administrativo. (...) O Regime Jurídico Administrativo compõe-se, assim, tanto pela necessidade de proteção aos direitos do particular em relação ao Estado quanto pela obrigatória satisfação dos interesses coletivos. Desta conjugação de prerrogativas e sujeições, extrai-se o dever da Administração de realizar o bem comum²⁴⁶.

Garcia de ENTERRÍA aponta que é característica das relações de Direito Administrativo o equilíbrio entre privilégios da Administração Pública e garantia dos administrados:

A Administração é, em ocasiões, menos livre que os particulares. Não pode, por exemplo, contratar com quem deseja, como pode fazê-lo um particular. Tem de seguir um procedimento determinado de seleção de contratantes estabelecido pela lei e a seus resultados. ... O Direito Administrativo coloca, junto aos privilégios, as garantias. Uma (...) de carácter jurídico (necessidade de observar um procedimento, sistema de recursos administrativos contra os atos da Administração, controle jurisdiccional destes atos). O Direito Administrativo, como Direito próprio e específico das Administrações Públicas, é constituído, pois, de um equilíbrio (...) entre privilégios e garantias²⁴⁷.

²⁴⁵ NIEBUHR, op. cit., p. 955.

²⁴⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*. Interesse Público, n. 6, 2000, pp. 15-16.

²⁴⁷ “La administración es, en ocasiones, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados. ... El Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Una (...) de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos contra los actos de Administración, control jurisdiccional de éstos). El derecho Administrativo, como Derecho propio y

Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO enuncia a “supremacia do interesse público” e a “indisponibilidade”, pela Administração, “dos interesses”, como princípios fundamentais do regime jurídico-administrativo: o primeiro “proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último” e, complementando, “a indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade (...) não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”²⁴⁸.

Em consequência, as prerrogativas da Administração “não devem ser vistas ou denominadas como ‘poderes’ ou como ‘poderes-deveres’, mas como “deveres-poderes”, para ressaltar o “aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações”. Além disso, seu uso somente será legítimo “se, quando e na medida indispensável do atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo ...”²⁴⁹.

O regime jurídico-administrativo, então, trata de “perseguir e obter a pronta e eficaz satisfação do interesse geral, sem prejuízo das situações jurídicas, igualmente respeitáveis, dos cidadãos”²⁵⁰.

As agências reguladoras, no exercício de suas atribuições, com as prerrogativas que lhes são inerentes em função das leis específicas e com a submissão a “regime especial”, devem observar os princípios que regem a atividade administrativa, em decorrência do regime jurídico-administrativo. Desta forma, devem procurar atingir o interesse público, a partir de uma atuação **eficiente**, o que requer, dentre outros fatores, maior independência e disponibilidade de uma estrutura que dificulte ingerências externas (políticas, da Administração Direta e de grupos econômicos da atividade regulada).

específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pués, de un equilibrio (...) entre privilegios y garantías” (ENTERRÍA, Eduardo García de. *Curso de derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 1986, p. 43 *apud* NIEBUHR, op. cit., p. 954).

²⁴⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Curso ...*, pp. 30, 34.

²⁴⁹ Ibidem, p. 32.

²⁵⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramon. *Curso de derecho administrativo*. v. 1, Madrid, Civitas, 1977, p. 35 *apud* NIEBUHR, op. cit., p. 955.

4. 2. Premissas para a eficiência

A independência é requisito para a regulação eficiente, na medida em que contribui para afastar “injunções político-partidárias” e econômicas sobre a atividade das agências, permitindo que estas realizem suas finalidades, a partir da disponibilidade de condições para que seus dirigentes tomem decisões técnicas de forma imparcial, considerados os objetivos próprios e os instrumentos aptos para a regulação, bem com a suficiência de recursos materiais e humanos.

A ausência de “vínculo hierárquico formal entre a agência reguladora e a pessoa administrativa central”²⁵¹ é um dos fatores que caracteriza o “regime especial”, constatando-se a relevância em se examinar a independência. A este respeito, a Arnaldo WALD e Luisa Rangel de Moraes identificam “quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira”²⁵².

Considerar-se-á esta classificação para verificar, na legislação referente às agências reguladoras até então criadas, os aspectos que demonstram a presença dessas formas de independência para possibilitar a atuação em busca da eficiência.

4. 2. 1. Independência decisória

Para Arnaldo WALD e Luisa Rangel de MORAES, a independência decisória “consiste na capacidade da agência de resistir às pressões de grupos de interesse no curto prazo”. Para tanto, “**procedimentos para a nomeação e demissão de dirigentes**, associados com a **fixação de mandatos longos, escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral** são arranjos que procuram isolar a direção da

²⁵¹ CUÉLLAR, op. cit., p. 134.

²⁵² WALD e MORAES, op. cit., p. 146.

agência de interferências indesejáveis tanto por parte do governo quanto da indústria regulada”²⁵³.

A estabilidade e inamovibilidade conferida aos administradores das agências garante sua independência a partir da forma de escolha e nomeação dos mesmos, da fixação de um **mandato** e da impossibilidade de exoneração desmotivada por parte do Chefe do Executivo.

Os dirigentes são **escolhidos e nomeados** pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal²⁵⁴, e observância de **pré-requisitos à ocupação desses cargos**, tais como “**especialização técnica**, aferida por meio de antecedentes técnicos comprovados”²⁵⁵, além de nacionalidade brasileira, reputação ilibada e indoneidade moral²⁵⁶.

A direção e a administração dos entes regulatórios, em geral, “estão a cargo de **órgãos colegiados**, que recebem a denominação de **diretoria**, conferidas funções específicas aos membros que as compõem”²⁵⁷, estando submetidos a um “regime de **incompatibilidades para o exercício de função pública** e às normas específicas próprias a cada entidade e ao segmento que está a seu cargo regular”.

A **nomeação dos dirigentes**, por força do art. 5º da Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, é feita pelo Chefe do Executivo, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal. Neste aspecto, não há qualquer “invasão das esferas de poder”, mas “ato administrativo complexo”²⁵⁸, em que se

²⁵³ Idem, p. 146.

²⁵⁴ Conforme disposto no art. 5º da Lei nº 9.472/96 (ANEEL); no art. 23 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL); no art. 11, §2º da Lei nº 9.478/97 (ANP); no art. 10, parágrafo único da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); no art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 9.961/2000 (ANS); no art. 9º, §1º da Lei nº 9.984/2000 (ANA) e no art. 5º da Lei nº 9.986/2000.

²⁵⁵ WALD e MORAES, op. cit., p. 146.

²⁵⁶ Os pré-requisitos são determinados no artigo 5º da Lei nº 9.986/2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências, especificando que: “O Presidente ou o Diretor-Presidente (CDI) e os demais membros do Conselho Diretor ou da Diretoria (CD II) serão brasileiros, de reputação ilibada, formação universitária e **elevado conceito no campo de especialidade do cargo** para os quais serão nomeados, devendo ser escolhidos pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação pelo Senado Federal, nos termos da alínea *f* do inciso III do art. 52 da Constituição Federal.

²⁵⁷ WALD e MORAES, op. cit., p. 146.

²⁵⁸ Quanto à “composição da vontade produtora”, os atos administrativos complexos são “os que resultam da conjugação de vontade de órgãos diferentes” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Curso ...*, p. 366).

divide a responsabilidade da escolha e se “legitima a nomeação”, uma vez que a “arguição pública”, a ser realizada nas dependências do Senado, possibilita o controle da sociedade sobre a pessoa do dirigente a ser escolhido, sendo um elemento importante para o exercício da cidadania”²⁵⁹.

A Lei nº 9.986/2000 também determina, no parágrafo único do artigo 2º, regras de **incompatibilidade** para o exercício da função aos empregados, requisitados, ocupantes de cargos comissionados e dirigentes das agências, aos quais “é vedado o exercício de outra atividade profissional, inclusive gestão operacional de empresa, ou direção político-partidária, excetuados os casos admitidos em lei”. Algumas leis instituidoras das agências prevêm, ainda, impedimentos em relação à atividade sindical e à manutenção de vínculo com empresa sob fiscalização da agência²⁶⁰.

Tais previsões visam garantir a independência do pessoal das agências, uma vez que a ligação, ainda que tênue, com concessionárias de serviços públicos, empresas que realizam atividades econômicas reguladas ou consumidores organizados afetaria a imparcialidade das decisões e o cumprimento das finalidades.

A direção por **órgãos colegiados**²⁶¹, formados por membros com mandatos dissociados e não coincidentes com o período eleitoral permite uma “desvinculação maior dos entes reguladores”, para “garantir atuação imparcial, impedindo-se, por exemplo, que a opinião de uma única pessoa prevaleça”²⁶². Além disso, “a tendência majoritária de adoção da decisão colegiada, em órgãos regulatórios, (...) garante o pluralismo decisório: reduzir o peso de um só indivíduo (...), abrindo espaço para que distintas visões competitivas influenciem diferentes decisores,

²⁵⁹ MOTTA, op. cit., p. 130.

²⁶⁰ A este respeito, conferir dos artigos 29 do Dec. 2.338/97 (ANATEL), 6º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL), 9º do Derc. 3.029/99 (ANVISA) e 11 da Lei nº 9.984/2000 (ANA). A maior partes desses dispositivos veda também o exercício de atividade sindical.

²⁶¹ A direção por órgão colegiado é determinada nos artigos 20 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL); art. 4º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); art. 11 da Lei nº 9.478/97 (ANP); art. 10 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); art. 5º da Lei nº 9.961/2000 (ANS); e art. 9º da Lei nº 9.984/2000 (ANA). A este respeito, Caio TÁCITO ressalta que a “feição típica das agências reguladoras é a independência que merece sua administração em face da estrutura hierárquica. Em maior ou menor proporção, as Agências são geridas por direções colegiadas com mandatos certos e determinados, imunes à discricionariedade do Poder Executivo” (TÁCITO, *Agências...*, p. 5).

²⁶² CUÉLLAR, op. cit., p. 138.

obrigando a uma busca de consenso, por conflito e negociação, que permita um equilíbrio de informações argumentos e critérios”²⁶³

A este respeito, Caio TÁCITO observa que “as agências são geridas por direções colegiadas com mandatos certos e determinados, imunes à discricionariedade do Poder Executivo” e que “as leis federais sobre agências reguladoras condicionam a exoneração de seus conselheiros à antecedência de **processos administrativos de responsabilidade**, assegurando por esta forma a estabilidade do órgão dirigente da agência”²⁶⁴.

Aos dirigentes é assegurado um **mandato fixo**, para impedir a demissão desmotivada e evitar influências políticas. A destituição não pode se dar de forma discricionária pelo Chefe do Poder Executivo, mas pode ocorrer, antes do término do mandato, somente com base nas seguintes hipóteses: renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar²⁶⁵, além de outras condições previstas para algumas das agências, como, por exemplo, a inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo, ato de improbidade administrativa e descumprimento injustificado do contrato de gestão²⁶⁶.

Todavia, o art. 8º da Lei nº 9.986/2000²⁶⁷ prevê um período, com duração de quatro meses, no qual pode se dar a “exoneração imotivada” dos diretores, antes de se assegurar a impossibilidade de demissão *ad nutum*. Essa previsão não tem sentido, uma vez que “o Presidente da República deve confiar nos predicados éticos e técnicos da pessoa a ser nomeada” e eventual exoneração, nesse período, “constituir-se-ia em desrespeito do Senado da República, que teria autorizado a

²⁶³ ABRANCHES, Sérgio Hudson de. *Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações*. Revista do Serviço Público, Curitiba: Genesis Editora, n. 2, abr./jun. 1999, p. 38.

²⁶⁴ TÁCITO, *Agências ...*, p. 5.

²⁶⁵ Art. 9º da Lei nº 9.986/2000.

²⁶⁶ As causas que motivam a exoneração estão dispostas no art. 11 e 25 do Anexo I do Dec. 2.338/97 (ANATEL), no art. 12 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); art. 8º da Lei nº 9.961/2000 e art. 10, §2º da Lei nº 9.984/2000 (ANA). A Lei da ANEEL não dispõe sobre o assunto, aplicando-se o dispositivo das Lei nº 9.986/2000. Em relação à ANP, o art. 13 da Lei nº 9.478/97 foi revogado pelo dispositivo retrocitado da Lei nº 9.986/2000. A respeito da inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo, Mauro Roberto Gomes de MATTOS verifica que o agente pode ser exonerado se não cumprir a “cláusula do *during good behavior* à coletividade”, ou seja, a “cláusula de bem servir a coletividade, descumprindo a própria finalidade da sua nomeação” (MATTOS, op. cit., pp. 80-81).

²⁶⁷ Além da previsão geral da Lei nº 9.986/2000, a possibilidade de demissão imotivada é prevista nos arts. 11 e 25 do Anexo I do Dec. 2.338/97 (ANATEL), 12 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); 8º da Lei nº 9.961/2000 e 10, *caput* e §1º da Lei nº 9.984/2000 (ANA).

nomeação e pouco tempo depois (120 dias no máximo) veria (...) o Chefe do Executivo, imotivadamente demitir aquele que antes houvera indicado”²⁶⁸.

Em relação ao destino do dirigente após o término de seu mandato, a Lei nº 9.986/2000 determina, em seu artigo 8º a proibição, por um período de **quatro meses**, de que o ex-dirigente exerça ou preste qualquer serviço no setor regulado pela respectiva agência. Durante este período, o “ex-dirigente ficará vinculado à agência, fazendo jus a remuneração compensatória equivalente à do cargo de direção que exerceu”²⁶⁹. Todavia, as leis instituidoras das agências estipulam a proibição por um prazo de **doze meses** e algumas impedem que o ex-dirigente represente qualquer pessoa ou interesse perante a agência²⁷⁰.

Paulo MOTTA ressalta que, nesse período, “o ex-dirigente fica proibido do exercício de qualquer função profissional dentro da área de atuação do órgão ou ente público que dirigia, em troca da **manutenção de seus vencimentos**, por todo o período de proibição de exercício profissional em áreas onde seus conhecimentos, pelo exercício do cargo, que poderiam dar ao empregador vantagens desleais em relação à concorrência e ao mercado”.

O autor conclui que “a quarentena não é uma garantia absolutamente eficaz”²⁷¹ para que se possa impedir um ex-dirigente público de vir a utilizar suas

²⁶⁸ MOTTA, p. 132.

²⁶⁹ Art. 8º, §2º da Lei nº 9.986/2000.

²⁷⁰ O assunto é disciplinado nos arts. 30 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL), 9º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL), 14 da Lei nº 9.478/97 (ANP), 14 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); e 9º da Lei nº 9.961/2000 (ANS).

²⁷¹ Paulo MOTTA tece críticas a respeito das previsões constantes nos arts. 9º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL), que determina que “o ex-dirigente continuará prestando serviço à ANEEL ou a qualquer outro órgão da administração pública direta da União, em área atinente à sua qualificação profissional, mediante remuneração equivalente à do cargo de dirigente que exerceu”. O autor entende que “a obrigatoriedade em continuar trabalhando para a Administração Pública implica em grave atentado à liberdade de iniciativa e do trabalho” e “parece ignorar o direito que qualquer pessoa tem de renunciar a qualquer cargo público”. Além disso, a obrigatoriedade de futura subordinação hierárquica a “qualquer agente da autarquia regulatória ou da Administração Direta” e a incerteza de que, “decorridos quatro anos, a Chefia do Executivo, e conseqüentemente o preenchimento dos Ministérios”, pode estar “nas mãos de outras correntes partidárias, diferentes daquelas do Governo que o nomeou” ocasionam, no agente, preocupações com riscos futuros e afetam sua atuação independente e não permitem ter “o destemor necessário para o exercício da função”(MOTTA, op. cit., p. 134). Essa previsão da lei instituidora da ANEEL pode afetar a atuação independente da pessoa investida no cargo, que passa a se preocupar com sua situação futura, sendo adequado, para o caso o “ôcio remunerado durante o período de 12 (doze) meses”, conforme sugere o citado autor e em consonância com o disposto para os ex-dirigentes das demais agências. Enquanto isso, configura-se adequada a aplicação da “quarentena” prevista no art. 8º da Lei nº9.986/2000.

informações privilegiadas (...) para obter, para si ou para terceiros, vantagens indevidas”, porque “existem numerosas formas de se repassar informações privilegiadas, que não podem ser, na prática, impedidas pelas simples instituição da quarentena. Contudo, serve o novel instituto para coagir moralmente os ex-dirigentes públicos destituídos de ética, bem como para traçar novas figuras típicas - penais e administrativas - nas condutas dos ex-agentes públicos”²⁷². Nesse ponto, importa destacar que o ex-dirigente que violar o impedimento previsto no art. 8º incorre na prática de crime advocacia administrativa, “sem prejuízo das demais sanções cabíveis, administrativas e civis”²⁷³.

O art. 7º da Lei nº 9.986/2000 determina que “a lei de criação de cada Agência disporá sobre a **forma de não-coincidência de mandato**”. Nesse sentido, as leis de criação das agências dispuseram a respeito. A Lei instituidora da ANATEL, em seu art. 25, por exemplo, estatui que “os mandatos dos primeiros membros do Conselho Diretor serão de 3 (três), 4 (quatro), 5 (cinco), 6 (seis) e 7 (sete) anos”²⁷⁴.

Os mandatos escalonados e não coincidentes com o ciclo eleitoral permitem uma maior renovação e diversidade dos dirigentes das agências, dificultando a prevalência de direcionamentos políticos e determinados entendimentos na condução da atividade reguladora.

Os dirigentes das agências reguladoras ocupam cargos de provimento em comissão, cuja regra geral (art. 37, II da Constituição Federal²⁷⁵) é a dispensa de concurso público e a ocupação “por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando”²⁷⁶. Todavia, nas agências, a estabilidade durante o mandato (“estabilidade provisória”²⁷⁷) é garantida aos dirigentes, que somente podem ser

²⁷² MOTTA, op. cit., p. 118.

²⁷³ Art. 8º, §4º da Lei nº 9.986/2000.

²⁷⁴ A este respeito, verificar o disposto nos arts. 5º e 29 da Lei nº 9.427/96 (ANEEL), 11, §3º da Lei nº 9.478/97 (ANP); 29 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); 31 da Lei nº 9.961/2000 (ANS) e 9ºda Lei nº 9.984/2000, 22 e 27 do Dec. 3.692/2000 (ANA).

²⁷⁵ Art. 37, II da Constituição Federal de 1988: “Art. 37. ... II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista na lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; ...”

²⁷⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Curso ...*, p. 270.

²⁷⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 139.

destituídos pelas causas acima mencionadas para que se garanta sua independência.

A constitucionalidade desta exceção prevista em leis infraconstitucionais é defendida por Marcos Juruena Villela SOUTO, para o qual o art. 37, I, CF, prevê a “acessibilidade aos cargos públicos daqueles que preencham os requisitos previstos em lei; se o requisito é a aprovação política de profissional de reputação ilibada e notória especialização no setor regulado, não pode haver perda do cargo senão nas hipótese na lei autorizadas”²⁷⁸.

Além disso, a doutrina pátria discute acerca da possibilidade de manutenção da estabilidade dos dirigentes (durante o prazo do mandato) mesmo após encerrado o mandato do Chefe do Executivo que os nomeou.

A este respeito, Leila CUÉLLAR entende que:

... tal estabilidade afrontaria o princípio democrático e as próprias regras relativas à nomeação dos dirigentes das agências reguladoras. Na medida em que estão sendo criadas um sem-número de agências, que estabelecem normas e regulam alguns dos principais serviços públicos e atividades econômicas, e uma vez que seus dirigentes são pessoas de plena confiança técnico-política do Chefe do Poder Executivo, o mandato que ultrapasse o período governamental implicará nítida extensão (...) da ‘estratégia’ governamental do nomeante. Isto é, o governo se estenderia no tempo²⁷⁹.

Analisando a questão, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO conclui:

Isso seria o mesmo que engessar a liberdade administrativa do futuro Governo. Ora, é da essência da República a temporariedade dos mandatos, para que o povo, se o desejar, possa eleger governantes com orientações políticas e administrativas diversas do Governo precedente. (...) Veja-se a que absurdos conduziria interpretação diversa da ora apresentada como correta. Para prolongar a orientação que quisesse imprimir à Administração Pública, inibindo a sobrevivência de diretrizes novas próprias dos que ascendessem, bastaria ao grupo no Poder transformar todos os principais setores administrativos em entidades comandadas por dirigentes com mandatos (...) que ultrapassassem o próprio período. Com isto, mesmo derrotados no pleito eleitoral, persistiriam gerindo o Estado segundo os critérios rejeitados pelos eleitores e obstando à atuação de quem os sucedesse, em antítese absoluta com a idéia de Democracia e de República. Logo, é de concluir-se que a garantia dos mandatos dos dirigentes destas entidades só opera dentro do período governamental em que foram nomeados. Encerrado tal período governamental, independentemente do tempo restante para conclusão deles, o novo Governo poderá sempre expelir os que vinham exercendo²⁸⁰.

²⁷⁸ SOUTO, op. cit., p. 139.

²⁷⁹ CUÉLLAR, op. cit., p. 143.

²⁸⁰ MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Curso ...*, p. 140-141.

Por fim, Leila CUÉLLAR observa ainda que “a impossibilidade de demissão *ad nutum* dos dirigentes das agências pelo Chefe do Poder Executivo é inconstitucional, porque, ainda que indiretamente, viola o princípio da República, ao possibilitar que pessoa nomeada por um governante permaneça no exercício das funções para as quais foi designado durante o governo posterior”. A autora adverte que tal afirmação pode afetar a independência dos agentes, mas ressalta que esta “não deriva do ato de nomeação de seu dirigente, mas das garantias quanto ao exercício das prerrogativas que são atribuídas à entidade” e conclui que seria oportuna uma ‘regra fixa’ acerca da substituição dos seus diretores, de governo a governo”, uma vez que “a alteração do titular do cargo não viola a independência da agências, que continua a ser independente” pois inalterados os demais itens que garantem a independência política²⁸¹.

No entanto, a estabilidade conferida aos dirigentes durante o mandato é constitucional, conforme já ressaltado, e os mesmos só podem perder seus cargos pelas causas antes observadas. A possibilidade de que os dirigentes permaneçam nos cargos mesmo após findo o mandato do Chefe do Executivo, ou seja, a instituição de “mandatos não coincidentes com o ciclo eleitoral” tem a finalidade de resguardar a independência decisória, uma vez que não são agentes políticos, mas técnicos, ou seja, pelo menos em tese, o controle do Presidente da República sobre o dirigente encerrar-se-ia com a nomeação²⁸², após aprovação pelo Senado Federal, que garante legitimidade a tais agentes.

Além disso, o escalonamento dos mandatos permite que o novo Chefe do Executivo escolha alguns dos dirigentes, advertindo-se que a característica peculiar dos dirigentes é sua atuação técnica, revelada face aos requisitos exigidos pela Lei nº 9.986/2000 para sua indicação (“formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade do cargo”), além da ausência de supervisão hierárquica do Executivo ou dos Ministérios aos quais se vinculam²⁸³.

²⁸¹ CUÉLLAR, op. cit., p. 147.

²⁸² Leila CUÉLLAR ressalta que a nomeação dos dirigentes pelo Chefe do Executivo é forma de “controle político” (op. cit., p. 150).

²⁸³ Tal aspecto deflui do regime autárquico e da autonomia que é própria às agências. A este respeito Floriano de Azevedo MARQUES NETO ressalta a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, para quem: “A pessoa autárquica não é subordinada à Administração Central, pois a criação dela traduz, justamente, uma ruptura da linha hierárquica unificadora do aparelho administrativo. Os dois

Se “os dirigentes gozam de mandato por prazo determinado, não podendo ser afastados por atos demissórios *ad nutum*”, o “contrário significaria que seriam agentes políticos de confiança do Poder Executivo e não da sociedade”²⁸⁴. Se for possível a destituição imotivada, o mecanismo de mandatos escalonados não cumpre sua finalidade²⁸⁵.

Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO ressalta que “a *independência política dos gestores* decorre na nomeação de agentes administrativos para o exercício de mandatos a termo, o que lhes garante a estabilidade nos cargos necessária para que executem, sem ingerência política do Executivo, a política estabelecida pelo Legislativo”²⁸⁶.

Desta forma, os dirigentes não podem ser afastados por atos demissórios *ad nutum*, após terem adquirido a “estabilidade provisória”, simplesmente por alteração do Chefe do Executivo, uma vez que alguns dos dirigentes terão seus mandatos encerrados, devido ao escalonamento, durante o governo daquele, que terá a chance de indicar dirigentes.

O mecanismo de mandatos dissociados deve, portanto, ser respeitado, para assegurar a independência decisória dos dirigentes face ao Executivo, sendo

institutos (hierarquia e tutela) se diferenciam em que a hierarquia (...) é vínculo de autoridade que define um comando permanente, contínuo e sobre a totalidade da atividade dos órgãos e agentes situados em escalão inferior. (...) Já o controle ou tutela circunscreve-se aos atos previstos em lei e emerge nos casos e hipóteses nela prefigurados. Em consequência, não é constante, nem contínuo, nem abarca a totalidade dos atos da autarquia (In *Prestação de serviços e administração indireta*, 2. Ed., RT, 1973, p. 68)”. Assim, num regime autárquico “não há subordinação hierárquica ou vínculo de submissão frente ao aparato da Administração Central. Há, sim, controle e tutela naquelas áreas de atividade que a lei assim determina (no caso da Anatel, a vinculação ao Ministério das Comunicações na definição da política para o setor e a sujeição aos órgãos de controle, v. g., Tribunal de Contas da União)” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Independência e autonomia da agência nacional de telecomunicações: imperativo legal e constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 30, jan./mar. 2000, p. 213).

²⁸⁴ MOTTA, op. cit., p. 138.

²⁸⁵ Paulo MOTTA ressalta que a questão da possibilidade de dirigentes com mandato nas agências, não podendo serem demitidos antes do término dos mesmos já chegou ao Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.668-DF, requerida pelo Partido comunista do Brasil (PC do B); Partido dos Trabalhadores (PR); Partido Democrático Trabalhista (PDT); e Partido Socialista Brasileiro (PSB), tendo como relator o Ministro Marco Aurélio, alegando-se vício em inúmeros arts. da Lei nº 9.472/97, que criou a ANATEL, dentre eles o parágrafo 2º do art. 8º, que garante o mandato fixo e a estabilidade dos dirigentes, além da autonomia financeira e da ausência de subordinação hierárquica. (MOTTA, op. cit., p. 139). A decisão encontra-se em sede de medida liminar, que não conheceu a ação direta contra os arts. 8º e 9º da Lei retrocitada. Atualmente, o acórdão aguarda publicação e seu teor pode ser conferido no site URL: www.stf.gov.br.

²⁸⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A independência das agências reguladoras*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, nº 6, junho/2000, p. 417.

garantia que não pode ser desconsiderada ou minimizada face às demais. Do contrário, verificar-se-ia o que alerta Luís Roberto Barroso: "... os governantes vitoriosos, empossados, cheios de legitimidade, lá encontram Agências Reguladoras onde os dirigentes não são seus correligionários, como, aliás, é o conceito subjacente à idéia de Agências Reguladoras. Previsivelmente, a primeira coisa que fizeram (sic) foi pegar da caneta e exonerar os dirigentes das Agências Reguladoras em pleno mandato, que é por prazo certo". O autor conclui que "o controle pelo Executivo é feito na medida em que o Chefe do Poder Executivo participa do processo de nomeação dos dirigentes da Agência, mas depois não deve haver nenhum tipo de subordinação hierárquica, ou de qualquer natureza, entre a Agência Reguladora e o Poder Executivo"²⁸⁷.

Com base no exposto, pode-se observar que as leis instituidoras das agências possuem mecanismos que visam assegurar sua independência para que possam executar decisões técnicas livre da influência discricionária do Executivo. Ao assegurar tal independência, os mecanismos ressaltados podem contribuir para atuação eficiente das agências reguladoras, que envolve da "*transparência*" - visando o combate "à prática de subornos, corrupção e tráfico de influência" , a partir de fatores objetivos na indicação, nomeação e manutenção de cargos e funções públicos, (...) afastando-se qualquer favorecimento ou discriminação"²⁸⁸. Da mesma forma, permite-se a "despolitização" das decisões dos dirigentes²⁸⁹, ou seja,

²⁸⁷ DELGADO, José Augusto; BARROSO, Luís Roberto; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Agências Executivas, agências reguladoras e organizações sociais: natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes*. 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo, Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 11, novembro 2000, pp. 811-813.

²⁸⁸ MORAES, op. cit., p. 34. O autor também destaca que a "*desburocratização*" é aspecto do princípio da eficiência, para se evitar a burocracia administrativa, com "interesses divorciados dos interesses da população, gerando demora na resolução dos assuntos dos cidadãos e compadrio na seleção de pessoal" (Ibidem, p.36).

²⁸⁹ Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO ressalta que a "discricionariedade técnica" é uma modalidade de "despolitização" das decisões do Poder Público e de "impregná-las do rigor técnico-científico exigido em inúmeros tipos de decisões contemporâneas. José Cretella Júnior define a discricionariedade técnica como 'atividade que se caracteriza pelo emprego de noções e métodos próprios das várias ciências, atos ou disciplinas, em função preparatória ou instrumental, relativamente ao exercício da ação administrativa'. O que vem ocorrendo é que essa função preparatória ou instrumental vem se afirmando como uma função administrativa principal, de modo que o agente decisório já não se vale de técnicas dele desconhecidas, mas, ao contrário, por ele dominadas, pois ele próprio é um agente técnico. Seguindo essa tendência, multiplicar-se-ão (...) agências ou órgãos que se colocam a meio caminho entre a sociedade e o aparato do Estado..."(MOREIRA NETO, *Tendências ...*, p. 105).

procura-se “eliminar o conteúdo político desnecessário das decisões ou das atividades executórias ou de ambas”²⁹⁰.

4. 2. 2. Independência de objetivos

Arnoldo WALD e Luisa Rangel de MORAES entendem que “a independência de objetivos compreende a **escolha de objetivos que não conflituem com a busca prioritária do bem-estar do consumidor**. Uma agência com um número pequeno de objetivos bem-definidos e não conflitantes tende a ser mais eficiente que uma outra com objetivos numerosos, imprecisos e conflitantes”²⁹¹.

Nesse sentido, a **ANATEL** deve adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, devendo implementar a política nacional de telecomunicações, dentre outras atribuições²⁹²

A **ANEEL** “detém atribuições que ostentam características de independência, como as que estão relacionadas ao zelo pela boa qualidade dos serviços, recebendo, apurando e solucionando queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, até trinta dias, das providências tomadas; o estímulo ao aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio ambiente e conservação da energia; o incentivo à competitividade e o estímulo à formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço”²⁹³.

²⁹⁰ A “despolitização” é uma tendência do Estado contemporâneo ressaltada por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, para reverter um quadro no qual as decisões são “politizadas”, ou seja, são tomadas pelo Estado a partir de “considerações voltadas à manutenção e acréscimo de poder, distorcendo a avaliação dos mais simples fatos econômicos e sociais sob a ótica parcializante de cortes de políticos, burocratas e tecnocratas que (...) não têm preocupação com a eficiência e a economicidade no emprego dos meios”. O autor ressaltava que “a reversão desse quadro, que leva à ingovernabilidade e ao desperdício (...) passou a ser, antes de tudo, uma exigência de racionalidade, para que os Estados contemporâneos venham a desempenhar eficientemente mais atribuições. Com isso, redimensiona-se o Estado, para bem cumprir as tarefas que lhe são típicas, (...) sob as necessárias garantias de generalidade, de permanência e, sobretudo, de imparcialidade” (MOREIRA NETO, *Tendências ...*, p. 87).

²⁹¹ WALD e MORAES, op. cit., p. 146.

²⁹² Art. 19, *caput* da Lei nº 9.472/97.

²⁹³ Art. 3º, *caput* c/c incisos VII, X e XI do art. 29 da Lei nº 8.987/95 *apud* WALD e MORAES, op. cit., p. 147.

A respeito da independência de objetivos da ANP, Arnaldo WALD e Luisa Rangel de MORAES observam que:

... pode ser evidenciada a partir da sua responsabilidade pela implementação da política nacional de petróleo e gás natural, contida na política energética nacional, as quais devem visar à preservação dos interesses nacionais, à promoção do desenvolvimento e ampliação do mercado de trabalho, à valorização dos recursos energéticos, à proteção dos interesses dos consumidores quanto a preço, qualidade e oferta de produtos, à proteção do meio ambiente e conservação de energia, a garantir o fornecimento de derivados de petróleo em todo o território nacional, como preconiza o art. 177 da Constituição Federal, à incrementação da utilização do gás natural, à busca de soluções para o adequado suprimento de energia elétrica nas diversas regiões do país, à utilização de fontes alternativas de energia, à promoção da livre concorrência, ao incremento de investimentos na produção de energia e, finalmente, à ampliação da competitividade das empresas nacionais no mercado internacional. A par desses objetivos programáticos incumbe à ANP o atendimento às necessidades de suprimento e abastecimento nacionais de combustíveis (...), a delimitação de blocos onde serão exercidas as atividades de exploração, o desenvolvimento e a produção de petróleo e seus derivados (...) e, ainda, os demais encargos regulatórios que lhe foram atribuídos pela Lei²⁹⁴.

Em relação à **ANVISA**, a independência de objetivos consiste na finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária e demais aspectos previstos no art. 8º da Lei nº 9.782/99, já ressaltados em capítulo anterior do presente estudo. Além disso, a agência deve, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública²⁹⁵.

A **ANS** tem por finalidade a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, devendo controlar e avaliar os aspectos concernentes à garantia de acesso, manutenção e qualidade dos serviços prestados, direta ou indiretamente, pela operadoras de planos privados de assistência à saúde; e articular-se com órgão de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde²⁹⁶.

²⁹⁴ WALD e MORAES, op. cit., p. 149.

²⁹⁵ Art. 8º, *caput* da Lei nº 9.782/99.

²⁹⁶ Arts. 3º e 4º, XXXVI da Lei nº 9.961/2000.

Por fim, a **ANA** tem a finalidade de implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, nos termos da Lei nº 9.433/97, devendo também planejar e promover ações destinadas a prevenir ou minimizar os efeitos de secas e inundações²⁹⁷, dentre outras atribuições.

Ao analisar a relação entre competência e interesse público, Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO ressalta que “o administrador público, que, enquanto tal, é alguém encarregado de gerir interesses coletivos (não os próprios), tem, acima de tudo, o dever de agir em prol de terceiros (a coletividade) e se considera que o faz quando busca as finalidades legais. Não poderia fazê-lo se não tivesse os poderes indispensáveis para tanto. Donde, a fim de que possa atender o interesse destes terceiros (a coletividade), lhe é atribuído um círculo e poderes. Logo, a razão de existir desse círculo de poderes (competência) é exclusivamente propiciar-lhe que supra os fins legais. Então o administrador dispõe, na verdade, de ‘deveres-poderes’ (e não de poderes-deveres) porque o poder é ancilar, é meramente serviente da finalidade”²⁹⁸.

Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR estabelece uma relação entre competência e eficiência, ressaltando que “o princípio da eficiência exige que a Administração, em vista do mercado, seja dotada de competências reguladoras de natureza técnica e especializada sob pena de paralisia. Isto é, é impossível exigir-se eficiência da Administração sem alocar fins específicos e encontrar meios correspondentes”²⁹⁹.

Em face do caráter técnico da atividade das agências e dos objetivos que assumem, Giandomenico MAJONE entende que “...as agências reguladoras gozam de duas vantagens significativas: conhecimentos e a possibilidade e assumir compromettimentos dotados de credibilidade política”³⁰⁰.

²⁹⁷ Arts. 3º e 4º, X da Lei nº 9.984/2000.

²⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e controle jurisdicional*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 199, p. 98.

²⁹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, n. 35, nov./dez. 2000, Revista dos Tribunais, p. 151.

³⁰⁰ MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 1, jun./mar. 1999, p. 19.

A previsão dos diretrizes específicas para as áreas de atuação da cada agência revela a “independência de objetivos”, que contribui para a atuação eficiente das agências na medida em que tais diretrizes buscam atender ao interesse público e, uma vez fixadas, em razão da independência decisória, afastam injunções políticas e econômicas da Administração Direta e do setor regulado sobre sua atividade.

4. 2. 3. Independência de instrumentos

A “independência de instrumentos” é a “capacidade da agência escolher os instrumentos de regulação – tarifas, por exemplo – de modo a alcançar os seus objetivos de forma mais eficiente possível.”³⁰¹.

Além da possibilidade de controle sobre as **tarifas** e demais contraprestações pecuniárias, a legislação específica das agências prevê, de maneira geral, a possibilidade da **expedição de normas** sobre o setor regulado, o que, para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, “é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a *escolha técnica*, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressistas em que preponderam as *escolhas abstratas político-administrativas*, que são a arena de ação dos Parlamentos”³⁰².

³⁰¹ WALD e MORAES, op. cit., p. 146.

³⁰² MOREIRA NETO, *Natureza jurídica ...*, p. 75. No mesmo sentido, Leila CUÉLLAR assevera que “na própria noção de agência reguladora está implícita a idéia de poder regulador, exercido por meio de atribuição normativa. Logo, não teria sentido criar tais entes sem que eles pudessem editar normas referentes às diversas áreas sob suas respectivas competências” (op. cit., p. 155-156). O estudo dos fundamentos do poder normativo das agência extrapola o objeto do presente estudo. No entanto, convém ressaltar, em síntese, o entendimento da autora mencionada, que ressalta a existência de polêmica frente ao direito constitucional brasileiro a respeito do poder normativo conferido às agências, quando se parte de uma interpretação rígida dos princípios da separação dos poderes e da legalidade. “As agências reguladoras surgem num momento histórico em que se faz imprescindível a existência de entidades que tenham como missão controlar e regular determinadas atividades, para que sejam atingidos os objetivos almejados pelo Estado e se alcance a eficiência procurada (...). Importa destacar que a ação disciplinadora dos entes reguladores tornar-se-ia inócua e restariam frustradas as razões de sua instituição, se tais órgãos se restringissem à prática de atos repressivos, por exemplo, sem poder elaborar normas de caráter geral (...). Apesar de a legitimidade da atuação normativa dos entes reguladores não decorrer de representação democrática, uma vez

Também é prevista a possibilidade de celebração de **convênios** com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a fiscalização, o que é extremamente útil em face da proximidade espacial da autoridade estadual e municipal para controlar e fiscalizar os serviços públicos concedidos pela União e as atividades econômicas em sentido estrito. , além de constituir-se em acordo de cooperação para o exercício da regulação e fiscalização, em que permanece sob a pessoa jurídica de direito público, titular da competência, a responsabilidade pela regular e adequada prestação da atividade pública envolvida³⁰³.

A possibilidade de aplicação de sanções, como multas, e a intervenção administrativa, a revogação da autorização e a caducidade da concessão do serviço público são outros instrumentos reservados a algumas das agências para que exerçam suas atividades, conforme se observa a seguir.

A **ANEEL** tem competência para “celebrar e gerir contratos de concessão ou de permissão de serviços públicos de energia elétrica, de concessão de uso de bem

que é indispensável aos entes reguladores a emissão de atos normativos, poder-se-ia afirmar que a legitimidade da detenção de poder normativo (...) decorre (...) do próprio fim a que se destinam - a busca da eficiência, da forma de atuação das mesmas (imparcial, técnica, politicamente neutra) e da forma pela qual são instituídas (lei aprovada pelo Parlamento). (...) A legitimação da competência normativa dos entes reguladores advém, também, da natureza das próprias atividades que exercem (...), a legitimação de sua composição e atuação decorre da missão que lhes é conferida pelos diplomas legais que as instituem, (...), permitindo-se, inclusive, que particulares participem diretamente da elaboração de diplomas normativos” (audiências públicas, por exemplo). Além disso, a autora ressalta que a detenção de poder normativo pelas agências requer a “revisão de enfoques tradicionais a respeito dos princípios da legalidade e da separação dos poderes”. Aquele “não pode ser visto de forma restrita, para significar a conformidade da atividade administrativa com a norma legislativa (lei formal)”, mas, face ao parágrafo único do art. 2º da Lei nº 9.784/99, que “disciplina o processo administrativo no âmbito federal” e “prevê o critério de aplicação conforme a lei e o Direito”, a Administração “deve pautar sua atuação, atendendo ao que dispõe todo o Ordenamento Jurídico”. A partir da lição de Kelsen, a autora assevera que “um dos fundamentos maiores do princípio da legalidade consiste em afastar a influência política na tomada de decisões - o que ocorre normalmente nas autarquias. Logo, não nos parecer que o princípio da legalidade vede a atribuição normativa das agências reguladoras. Verifica-se, por outro lado, que a atuação das agências deve se concretizar de acordo com o ordenamento jurídico”. Em relação à separação de poderes, “a competência regulamentar não é exclusiva do Chefe do Poder Executivo, podendo os órgãos da Administração Indireta (neles compreendidos as agências reguladoras, criadas com natureza de autarquia especial) deter tal atribuição. (...)”. Todavia, a atividade regulamentar não pode “(i) inovar de forma absoluta (...) na ordem jurídica; (ii) contrariar a lei e o direito, (iii) desrespeitar o princípio da tipicidade, (iv) impor restrições à liberdade, igualdade e propriedade ou determinar alteração do estado das pessoas, (v) ter efeito retroativo (em princípio). Ademais, a expedição de regulamentos deve ser fundamentada, precisa respeitar a repartição de competências entre os entes da Federação, e se submete a controle pelo Poder Judiciário”. Para Leila CUÉLLAR, “é necessário que se proceda à revisão de enfoques tradicionais”, devendo-se “construir uma teoria do regulamento autônomo brasileiro, buscando-se, principalmente, elaborar regras que permitam seu uso e vedem o abuso, levando-se em consideração os limites antes arrolados”. (op. cit., pp. 155-218).

³⁰³ WALD e MORAES, op. cit., pp. 157-158.

público, expedir autorizações e fiscalizar, diretamente ou mediante convênios com órgãos estaduais, as concessões e a prestação dos serviços de energia elétrica; fixar as multas administrativas a serem impostas aos concessionários, permissionários e autorizados de instalações e serviços de energia elétrica”³⁰⁴; regular os serviços de energia elétrica, expedindo os atos necessários ao cumprimento das normas estabelecidas pela legislação em vigor; atuar, na forma da lei e do contrato, nos processos de definição e controle dos preços e tarifas, homologando seus valores iniciais, reajustes e revisões, e criar mecanismos de acompanhamento de preços; intervir, propor a declaração de caducidade e a encampação da concessão de serviços e instalações de energia elétrica, nos casos e condições previstos em lei e nos respectivos contratos; expedir as outorgas dos direitos de uso dos recursos hídricos para fins de aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica; extinguir a concessão e a permissão de serviços de energia elétrica, nos casos previstos em lei e na forma prevista no contrato; emitir atos de autorização para execução e exploração de serviços e instalações de energia elétrica; e celebrar convênios de cooperação, em especial com os Estados e o Distrito Federal, visando à descentralização das atividades complementares de regulação, controle e fiscalização, mantendo o acompanhamento e avaliação permanente da sua condução³⁰⁵.

A **ANATEL** tem, dentre suas atribuições, previstas no art. 19 da Lei nº 9.472/97:

...

IV- expedir normas quanto à outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicações no regime público;

V- editar atos de outorga e extinção de direito de exploração do serviço no regime público;

VI- celebrar e gerenciar contratos de concessão e fiscalizar a prestação do serviço no regime público, aplicando sanções e realizando intervenções;

VII- controlar, acompanhar e proceder à revisão de tarifas dos serviços prestados no regime público, podendo fixá-las nas condições previstas nesta Lei e homologar reajustes;

...

X - expedir normas sobre prestação de serviços de telecomunicações no regime privado;

XI- expedir e extinguir autorização para prestação de serviço no regime privado, fiscalizando e aplicando sanções

³⁰⁴ Art. 3º, IV e X da Lei nº 9.427/96.

³⁰⁵ Art. 4º, IV, X, XVII, XXVIII, XXIX, XXXI e XXXIX do Dec. 2.335/97.

- XII- expedir normas e padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem;
- XIII- expedir ou reconhecer a certificação de produtos, observados os padrões e normas por ela estabelecidos; ...

A **ANP** “detém a capacidade legal de outorgar autorizações e concessões para a execução de serviços especializados do setor de petróleo e gás natural; de dispor acerca das normas de regência dos procedimentos seletivos de licitação para a realização dos serviços acima aludidos; de estabelecer critérios para o cálculo de tarifas e para o arbitramento de seus valores e para a realização de outras atividades conducentes aos objetivos que lhe incumbe prover”³⁰⁶, além de “fiscalizar diretamente, ou mediante convênios com órgãos dos Estados e do Distrito Federal, as atividades integrantes da indústria do petróleo, podendo aplicar sanções administrativas e pecuniárias previstas em lei, regulamento ou contrato” e “regular e autorizar as atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis, fiscalizando-as diretamente ou mediante convênios com outros órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”³⁰⁷.

Nos termos do art. 7º da Lei nº 9.782/99, a **ANVISA** tem capacidade legal para:

- III- estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;
- ...
- V- intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional ...;
- ...
- VII- autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8 desta Lei e de comercialização de medicamentos;
- ...
- IX- conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;
- ...
- XIV- interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;
- XV- proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

³⁰⁶ Art. 8º da Lei nº 9.478/97 *apud* WALD e MORAES, op. cit., pp. 149-150.

³⁰⁷ Art. 8º, VII e XV da Lei nº 9.478/97.

XVI- cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XXV- monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componente, insumos e serviços de saúde ...

O art. 3º da Lei nº 9.961/2000 atribui à **ANS**:

V- estabelecer parâmetros e indicadores de qualidade e de cobertura em assistência à saúde para os serviços próprios e de terceiros oferecidos pelas operadoras;

...

IX- normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes;

...

XVII- autorizar reajustes e revisões das contraprestações pecuniárias dos planos privados de assistência à saúde, ...;

...

XV- estabelecer critérios de aferição e controle de qualidade dos serviços oferecidos pelas operadoras de planos privados de assistência à saúde, ...;

...

XX- autorizar o registro dos planos privados de assistência à saúde;

...

XXXIV- proceder à liquidação das operadoras que tiverem cassada a autorização de funcionamento;...

Por fim, a **ANA** tem seus instrumentos de atuação dispostos no art. 2º do Anexo I do Dec. 3.692/2000, dentre eles:

II- disciplinar, em caráter normativo, por meio de resolução da Diretoria Colegiada, a implementação a operacionalização, o controle a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos;

...

V- outorgar, por intermédio de autorização, o direito de uso de recursos hídricos em corpos de água de domínio da União;

VI- fiscalizar, com poder de polícia, os usos de recursos hídricos nos corpos de água de domínio da União;

...

XXIII- celebrar convênios e contratos com órgãos e entidades federais, estaduais, municipais e com pessoas jurídicas de direito privado, envolvendo assuntos relacionados a recurso hídricos de sua competência...

Considerando que a “necessidade de expedir normas operacionais e de serviço, de forma a poder acompanhar o ritmo extraordinário do desenvolvimento tecnológico e o atendimento das demandas populares”³⁰⁸ e que “a necessidade de aplicar sanções com rapidez, respondendo aos reclamos da população e às

³⁰⁸ AZEVEDO, op. cit., p. 142.

exigências do serviço”³⁰⁹ são premissas que devem ser atendidas para a atuação eficiente das agências, observa-se que a legislação específica prevê inúmeros instrumentos que podem contribuir para tanto.

4. 2. 4. Independência financeira

A independência financeira “refere-se à disponibilidade de **recursos materiais e humanos** suficientes para a execução das atividades de regulação”³¹⁰.

Leila CUÉLLAR ressalta que são disponibilizadas às agências fontes de receitas próprias, dentre elas os recursos oriundos de: “(a) arrecadação de **taxas de fiscalização** sobre os serviços ou atividades econômicas regulados³¹¹; (b) produtos de multas, emolumentos e retribuição de serviços prestados a terceiros; (c) rendimentos de operações financeiras; (d) recursos provenientes de convênios, acordos ou contratos celebrados, (e) doações, legados, dentre outros recursos que lhe forem destinados; (f) valores apurados na venda ou aluguel de móveis ou imóveis de propriedade das agências”³¹².

Também são fontes de receita as dotações orçamentárias³¹³, uma vez que as agências, enquanto autarquias, regem-se pelo art. 165, §5º da Constituição Federal³¹⁴.

³⁰⁹ Idem, p. 142.

³¹⁰ WALD e MORAES, op. cit., p. 146.

³¹¹ A **taxa de fiscalização** é prevista nos arts. 47 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL); 11, I, 12 e 13 da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); 23 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); 18, 19 e 20 da Lei nº 9.961/2000. O inciso II do art. 20 e o art. 21 da Lei nº 9.984/2000 (ANA) prevêm a cobrança pelo uso de recursos hídricos de domínio da União.

³¹² CUÉLLAR, op. cit., p. 136. As **receitas** auferidas pelas agências reguladoras são tratadas nos arts. 11 e 12 da Lei nº 9.427/96 e art. 4º, XL e XLI do Dec. 2.335/97 (ANEEL); arts. 47 a 53 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL); art. 15 da Lei nº 9.478/97 (ANP); arts. 22 e 23 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); art. 17 da Lei nº 9.961/2000 (ANS); e arts. 20 e 21 da Lei nº 9.984/2000 (ANA).

³¹³ Art. 11, inc. II da Lei nº 9.427/96; art. 49 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL); art. 15, inc. I da Lei nº 9.487/97 (ANP); art. 22, inc. V da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); art. 17, inc. V da Lei nº 9.961/2000 (ANS); e art. 20, inc. I da Lei nº 9.984/2000 (ANA).

³¹⁴ Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: (...) §5º. A lei orçamentária anual compreenderá: I- o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta ...”. Sobre o assunto, convém ressaltar que o art. 15 da Lei instituidora da ANATEL, dispõe que “a fixação das dotações orçamentárias da Agência na Lei Orçamentária Anual e sua programação orçamentária e financeira de execução não sofrerão limites nos seus valores para movimentação e empenho. Ao analisar o dispositivo, Paulo MOTTA entende

Outro aspecto que revela a independência financeira das agências é o **patrimônio transferido às mesmas por suas leis instituidoras**³¹⁵ e a autorização para o Poder Executivo remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários dos Ministérios e outros órgãos para atender as despesas de estruturação e manutenção das respectivas agências, utilizando como recursos as dotações orçamentárias destinadas às atividades finalísticas e administrativas³¹⁶.

A disposição de fontes de receita, patrimônio e orçamentos próprios confere maior independência às agências frente ao Executivo, uma vez que disponibiliza recursos materiais para a atuação das mesmas, sem ingerências externas.

Em relação aos **recursos humanos**, Marcos Juruena Villela SOUTO analisa como deve ser a composição do quadro de pessoal das agências:

... a agência deve ser moldada de maneira que possa, com facilidade adequar-se às constantes evoluções do mercado, valendo-se, portanto, de flexibilidade para a renovação de seus quadros (...). A agência tem compromisso com o resultado. Deve ter poucos e qualificados servidores integrando seus quadros, buscando no mercado os técnicos para a solução de pontos específicos, não tendo custos elevadíssimos com a manutenção permanente desses técnicos em seus quadros. Seu pessoal e equipamentos devem ser os mais modernos no mercado. A

que "pretendeu o legislador ordinário impedir o denominado 'contingenciamento orçamentário', sempre tão presente na Administração Pública Nacional...". O autor ressalta que os 'contingenciamentos orçamentários' se constituem em atos administrativo baixado pelos Ministros da área econômica, que 'proíbem' os órgãos e os entes da Administração de executarem os valores previstos na lei orçamentária"(MOTTA, op. cit., pp. 115, 129).

³¹⁵ O art. 31 da Lei nº 9.427/96 transferiu à **ANEEL** o "acervo técnico e patrimonial, as obrigações, os direitos e receitas do Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica - DNAEE". Os arts. 16, parágrafo único, da Lei nº 9.472/97 e 3º do Dec. 2.338/97 determinam a transferência à **ANATEL** dos "acervos técnicos e patrimonial, bem como as obrigações e direitos do Ministério das Comunicações, correspondentes às atividades a ela atribuídas por esta Lei". "o patrimônio da Agência é constituído: (...) II - pelos bens móveis ou imóveis que vierem a ser adquiridos, inclusive com recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL; III- pelos bens que reverterem ao poder concedente em decorrência das outorgas de serviços de telecomunicações; IV- por outros bens e recursos que lhe vierem a ser destinados por entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras". À **ANP** foram transferidos, por força do art. 78, parágrafo único da Lei nº 9.478/97, o "acervo técnico-patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do DNC". O art. 31, I da Lei nº 9.872/99 transfere do Ministério da Saúde para a **ANVISA** "o acervo técnico e patrimonial, obrigações, direitos e receitas do Ministério da Saúde e de seus órgãos, necessários ao desempenho de suas funções". O art. 32, I da Lei nº 9.961/2000 autoriza o Poder Executivo a transferir para a **ANS** o "acervo acervo técnico e patrimonial, as obrigações, os direitos e as receitas do Ministério da Saúde e de seus órgãos, necessários ao desempenho de suas funções". Por fim, o art. 23, I da Lei nº 9.984/2000 autoriza o Poder Executivo a "transferir para a **ANA** o acervo técnico e patrimonial, os direitos e as receitas do Ministério do Meio Ambiente e de seus órgãos, necessários ao funcionamento da autarquia".

³¹⁶ O tema é tratado nos arts. 32 da Lei nº 9.427/96 (ANEEL); 16 da Lei nº 9.472/97 (ANATEL); 79 da Lei nº 9.478/97 (ANP); 31, II da Lei nº 9.872/99 (ANVISA); art. 32, II da Lei nº 9.961/2000 (ANS); 23, II da Lei nº 9.984/2000 (ANA).

terceirização, mediante contratação de serviços, ao invés da criação de cargos de natureza efetiva, deve ser a tônica para o atendimento da maioria das necessidades de pessoal da agência³¹⁷.

Nesse sentido, os diplomas legais que regulam a atividade das agências prevêm quantitativos de empregos públicos e cargos comissionados **reduzidos**, além de permitir a contratação temporária (nos termos do art. 37, IX da Constituição Federal, por prazo não excedente a 36 meses) e, em alguns casos, tendentes à diminuição progressiva³¹⁸ (anualmente), de forma compatível com as necessidades de cada agência.

Da mesma forma, alguns dispositivos permitem a “contratação de especialistas para a execução de trabalhos nas áreas técnica, científica, administrativo, econômica e jurídica, por projeto ou prazos limitados” ou prevêm que a agência “executará suas atividades diretamente, por seus servidores próprios requisitados ou contratados temporariamente, ou **indiretamente**, por intermédio da contratação de prestadores de serviço”³¹⁹.

Além disso, o art. 16 da Lei nº 9.986/2000 determina que as Agências Reguladoras “poderão **requisitar**, com ônus, servidores e empregados de órgãos e entidades integrantes da Administração Pública”.

As relações de trabalho das agências serão regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho e legislação trabalhista correlata, em regime de **emprego público**, por força do que determina o art. 1º da Lei nº 9.986/2000. Todavia, o art. 2º cria

³¹⁷ SOUTO, op. cit., p. 142.

³¹⁸ O assunto é disciplinado nos arts. 25, *caput*, 26, *caput* e parágrafo único, 27 e 29 do Dec. 2.335/97 (ANEEL) - 325 servidores; art. 32 e 28 a 31 do Dec. 2.455/98 e 76, parágrafo único da Lei nº 9.478/97 (ANP) - 373 servidores; art. 13 do Dec. 2.338/97 (ANATEL); art. 36 da Lei nº 9.782/99 e 49 da Dec. 3.029/99 (ANVISA); art. 28 da Lei nº 9.961/2000 (ANS) e art. 16, da Lei nº 9.984/2000 (ANA). O Anexo II do Dec. 2.338/97 (ANATEL) prevê um total de 394 cargos em comissão e funções comissionadas. Para a ANEEL (Anexo II do Dec. 2.335/97) o número é de 196, para a ANVISA (Anexo I do Dec. 3.029/99) é de 342, para a ANS (Anexo II do Dec. 3.327/2000) é de 230 e para a ANA (Anexo II do Dec. 3.692/2000), de 107. A este respeito, consultar também o Anexo I da Lei nº 9.986/2000.

³¹⁹ Arts. 7º e 8º do Dec. 2.338/97 (ANATEL); 76 da Lei nº 9.478/97 (ANP); art. 45 do Dec. 3.029/99 (ANVISA); e 26 da Lei nº 9.961/2000 (ANS).

empregos públicos e cargos efetivos para exercício exclusivo nas agências e o art. 5º estabelece que os dirigentes são nomeados para ocuparem “cargos”³²⁰.

De maneira geral, portanto, a legislação atinente confere às agências inúmeras fontes de recursos materiais e humanos, em atenção à “necessidade de possuir ampla autonomia (...) financeira, de maneira a ficar, tanto quanto possível, imune às injunções político-partidárias, aos entraves burocráticos e à falta de verbas orçamentárias”³²¹, contribuindo para exercerem suas atribuições de maneira eficiente.

4. 3. As contratações: aspectos gerais sobre o pregão e a consulta

O art. 37 da Lei nº 9.986/2000 determina que a “aquisição de bens e a contratação de serviços pela Agências Reguladoras poderá se dar nas modalidades de consulta e pregão, observado o disposto nos arts. 55 a 58 da Lei nº 9.472, de

³²⁰ A este respeito, Paulo MOTTA entende que o ideal “seria que o Quadro de Pessoal das agências reguladoras fosse regido por normas de direito administrativo, sendo o indicado, portanto, o regime estatutário, assegurador da estabilidade e da necessária independência de todos que ocupam cargos nestas autarquias, para o fiel cumprimento de suas missões, sem a preocupação de interferências externas” (MOTTA, op. cit., p. 140). Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO observa que “o regime estatutário só se aplica aos ocupantes de cargos públicos” e que “para os servidores da Administração direta, autarquias e fundações de Direito Público, indubitavelmente, o regime normal, corrente, terá de ser o de cargo público”, pois “este (ao contrário do regime trabalhista) é o concebido para atender a peculiaridades de um vínculo no qual estão em causa tão-só interesses empregatícios, mas onde avultam interesses públicos básicos, visto que os servidores públicos são o próprio instrumento da atuação do Estado”. O autor ressalta que o regime estatutário “almeja, para benefício de uma atuação impessoal do Estado (...), ensejar aos servidores condições propícias a um desempenho técnico isento, imparcial (...), embargando, destarte, o perigo de que, por falta de segurança, os agentes administrativos possam ser manejados pelos transitórios governantes em proveito de objetivos pessoais (...)”. Todavia, a Constituição admite (...) nas autarquias (...), que certas atividades possam ser desenvolvidas sob regime de emprego” (o art. 61, §1º, II, a, atribui ao Presidente da República, “a privativa competência para iniciativa de leis relativas à criação de ‘cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta e autárquica”). O autor conclui que as atividades “passíveis de comportar regime trabalhista (...) só poderiam ser aquelas que mesmo desempenhadas sem as garantias específicas do regime de cargo, não comprometeriam os objetivos em vista dos quais se impõe o regime de cargo como sendo o normal. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Direito ...*, op. cit., pp. 259-262). Nesse sentido, a partir do que determinam os dispositivos supracitados da Lei nº 9.986/2000, observa-se que a legislação trabalhista aplica-se aos empregos públicos criados nas agências e que os dirigentes, por força do art. 5º, ocupam “cargos”. A diferenciação também é feita no art. 12 desta Lei que menciona “empregados”, “requisitados”, “ocupantes de cargos comissionados” e “dirigentes”.

³²¹ AZEVEDO, op. cit., p. 142.

1997, e nos termos de regulamento próprio”, mas as contratações referentes à obras e serviços de engenharia continuam sujeitas à observância das normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública³²².

O “instituto do pregão, como modalidade de licitação, surgiu e desenvolveu-se no âmbito da Anatel, em virtude de previsão nos arts. 54, parágrafo único, e 55 e 56 da Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/97)”³²³.

O Decreto 3.555, de 8 de agosto de 2000 “aprovou o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão”, instituído pelo governo federal através da MP 2.026, reformando a Lei nº 8.666/93.

A respeito do pregão, Marçal JUSTEN FILHO enfatiza que:

Em primeiro lugar, a estrutura procedimental é absolutamente peculiar, com duas características. Uma consiste na inversão das fases de habilitação e julgamento. Outra é a possibilidade de renovação de lances por todos ou alguns dos licitantes, até chegar-se à proposta mais vantajosa. Em segundo lugar, o pregão comporta propostas por escrito, mas o desenvolvimento do certame envolve a formulação de novas proposições ('lances'), sob a forma verbal (ou, mesmo, por via eletrônica).³²⁴

O inciso VIII do art. 55 da Lei nº 9.472/97 prevê a possibilidade de ser verificada a habilitação, no caso de pregão, apenas em relação ao licitante vencedor. A nova modalidade licitatória pode ser utilizada na disputa de bens e serviços comuns, devendo-se observar o que dispõem os arts. 56 a 58:

Art. 56. A disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns poderá ser feita em licitação na modalidade de pregão, restrita aos previamente cadastrados, que serão chamados a formular lances em sessão pública.

³²² Apesar de não constituir objeto do presente estudo, convém destacar que a constitucionalidade do art. 22, da Lei nº 9.472/97, que dá ao Conselho Diretor da ANATEL a competência para aprovar normas próprias de licitação é contestada por Lúcia Valle FIGUEIREDO (op. cit., p. 144) e Paulo MOTTA. Este ressalta que o art. 22, inciso XXVII da Constituição determina ser competência privativa da União Federal legislar sobre 'normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados Distrito Federal e Municípios' e que tal competência" pode ser delegada, porém esta delegação deve se operar ao Estado-membro, mas não para um órgão ou entidade da Administração Pública Federal" (MOTTA, op. cit., pp. 146-147). De qualquer forma, a nova modalidade licitatória criada pela Lei da ANATEL teve seu regulamento aprovado pelo Presidente da República no Dec. 3.555, de 8 de agosto de 2000 e a Lei nº 9.986/2000 determinou a aplicação do pregão e da consulta às agências.

³²³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 7ª ed., São Paulo: Dialética, 2000, p. 130.

³²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão: nova modalidade licitatória*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, nº 83, janeiro-2001, p. 5.

Parágrafo único. Encerrada a etapa competitiva, a Comissão examinará a melhor oferta quanto ao objeto, forma e valor.

Art. 57. Nas seguintes hipóteses, o pregão será aberto a quaisquer interessados, independentemente de cadastramento, verificando-se a um só tempo, após etapa competitiva, a qualificação subjetiva e a aceitabilidade da proposta:

I- para a contratação de bens e serviços comuns de alto valor, na forma do regulamento;

II- quando o número de cadastrados na classe for inferior a cinco;

III- para o registro de preços, que terá validade por até dois anos;

IV- quando o Conselho Diretor assim o decidir.

Art. 58. A licitação na modalidade de **consulta** tem por objeto o fornecimento de bens e serviços não compreendidos nos arts. 56 e 57.

Parágrafo único. A decisão ponderará o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente.

A Resolução n. 005/98 estabeleceu o “Regulamento das Contratações”, dispondo que:

Art. 8º. Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento de bens ou serviços comuns é feita por meio de propostas e lances em sessões públicas.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital por meio de especificações usuais no mercado, tais como peças de reposição de equipamentos, mobiliário padronizado, bens de consumo, combustíveis e material de escritório, bem assim serviços de limpeza, vigilância, conservação, locação e manutenção de equipamentos, agenciamento de viagem, vale refeição, digitação, transporte, seguro saúde, entre outros.

...

Art. 10. No pregão, os interessados serão convocados a apresentar inicialmente propostas escritas de preço, sendo que, no curso da sessão, os autores da oferta de melhor preço e os com preços até 10% (dez por cento) superiores àquele poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor.

§1º. Se de acordo com o definido no *caput* deste artigo não houver pelo menor três ofertas, poderão fazer novos lances verbais e sucessivos os autores das três melhores propostas, quaisquer que sejam os preços oferecidos.

§2º. Excepcionalmente, havendo mais de doze cadastrados para fornecimento dos bens ou serviços objeto da licitação e desde que eles sejam avisados diretamente, por qualquer meio seguro com prova de recebimento, o ato convocatório poderá dispensar a apresentação de proposta de preço escrita, hipótese em que todos os licitantes poderão formular diretamente lances verbais e sucessivos.

§3º. Poderá ser realizado pregão por meio de telecomunicação, se um sistema seguro de identificação das partes e autenticação dos lances estiver acessível aos legitimados a dele participar, nos termos de Regulamento específico.

A **consulta** pode ser utilizada, de acordo com o art. 14 do Regulamento, para a aquisição de bens ou serviços não comuns, constituindo-se em modalidade de licitação...

... em que ao menos cinco pessoas, físicas ou jurídicas, serão chamadas a apresentar propostas para fornecimento de bens ou serviços não comuns.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços não-comuns aqueles com diferenças de desempenho e qualidade, insuscetíveis de comparação direta, ou que tenham características individualizadoras relevantes ao objeto da contratação, em casos como o dos trabalhos predominantemente intelectuais, da elaboração de pareceres técnicos, bem assim da aquisição de equipamentos sob encomenda e de acordo com especificações particulares da Agência ou de outros bens infungíveis.

...

Art. 16. Aplicam-se à consulta as seguintes regras:

I- na fase preparatória a autoridade competente aprovará a lista de pessoas a serem chamadas a apresentar propostas, bem como a composição do júri que as avaliará e os critérios de aceitação e julgamento das propostas;

II- o júri será constituído de pelo menos três pessoas de elevado padrão profissional e moral, servidores ou não da Agência, devendo sua indicação ser justificada nos autos, apontando-se sua qualificação;

III- os licitantes, em número mínimo de cinco, cuja escolha deverá ser amplamente justificada nos autos, inclusive com os elementos indicativos de sua habilitação jurídica, qualificações técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal, serão convocados por qualquer meio seguro, tais como correio e telecomunicações, sempre com comprovante de recebimento;...

...

VII - o recebimento e abertura dos envelopes serão feitos em sessão pública, na data designada na convocação;

...

X - as propostas serão classificadas de acordo com os critérios fixados na convocação, os quais devem viabilizar a ponderação entre o custo e o benefício de cada proposta, considerando a qualificação do proponente;

XI - a aceitabilidade das propostas, em relação ao seu conteúdo e preço, será decidida por maioria de votos e a classificação será feita em função das notas que lhes forem atribuídas pelos jurados;

XII - o júri decidirá com independência e imparcialidade, devendo os jurados proferir votos individuais fundamentados, por escrito;

...

XIV - classificadas as propostas, o júri adjudicará o objeto da consulta ao vencedor;...

Com base na disciplina legal, constata-se que a natureza do pregão é informada pelos “princípios da oralidade e da concentração”, com os “atos relevantes praticados em sessões públicas, em que as partes manifestam verbalmente suas razões” e o curso do procedimento é dinamizado pela presença

do interessado, suprimindo “certas formalidades e exigências burocráticas”³²⁵. Além disso, o “exame de habilitação apenas do proponente vencedor” traz “notável economia de tempo e recursos financeiros e humanos, uma vez que o certame não irá perder tempo em verificar a habilitação dos participantes perdedores”³²⁶.

Em relação à consulta, nota-se a adequada exigência de qualificação técnica do júri e a preocupação do legislador com a fundamentação da escolha, nos autos, dos membros designados para a avaliação, bem como do vencedor do certame.

A partir da rápida visão dos aspectos gerais da consulta e do pregão, constata-se a relevância de sua disponibilidade às agências reguladoras, para a aquisição de bens e contratação de serviços, uma vez que a adoção de procedimentos mais céleres e simplificados, para os casos em que são admitidos, em alternativa aos procedimentos dispostos na Lei nº 8.666/93, permite às agências contratar regularmente e concentrar-se na realização de suas finalidades precípua.

4. 4. Contratos de gestão e “controle de resultados”

A Emenda Constitucional 19/98 incluiu, no artigo 37 da Constituição Federal, o parágrafo 8º, que constitui a “essência da concepção da Administração Gerencial, ao estabelecer a possibilidade de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta mediante ‘contrato’”³²⁷.

Para Diógenes GASPARINI, o contrato de gestão, também denominado “acordo-programa”³²⁸, “é o ajuste celebrado pelo Poder Público com órgão e

³²⁵ JUSTEN FILHO, *Pregão: nova modalidade ...*, op. cit., pp. 16 e 31.

³²⁶ MOTTA, op. cit., p. 143.

³²⁷ BORGES, op. cit., p. 31.

³²⁸ Caio TÁCITO ressalta que “tem merecido críticas a designação, como ato contratual, de uma figura de consenso que unifica interesses coincidentes, dirigidos no mesmo sentido de afirmação” e observa que “antes se verifica no pacto a ser celebrado a natureza de parceria ou acordo que associa partícipes de finalidades comuns” (TÁCITO, *A reforma ...*, p. 7). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO também entende que “a existência de interesses opostos e contraditórios constitui uma das características presentes nos contratos em geral e ausente no contrato de gestão, pois é inconcebível que os interesses visados pela Administração Direta e Indireta sejam opostos” (DI PIETRO, *Direito*

entidades da Administração direta, indireta e entidades privadas qualificadas como organizações sociais, para lhes ampliar a autonomia financeira ou para lhes prestar variados auxílios e lhes fixar metas desempenho na consecução de seus objetivos”³²⁹.

Adalberto FISCHMANN afirma que “o contrato de gestão ou acordo-programa é um mecanismo por meio do qual a Administração estabelece um plano de ações e de resultados a atingir, comprometendo-se a assegurar liberdade e autonomia ao contratado para o desempenho de suas funções”³³⁰.

Assim também entende Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, para a qual “o objetivo do contrato de gestão é o de estabelecer determinadas metas a serem alcançadas pela entidade em troca de algum benefício outorgado pelo Poder Público. O contrato é estabelecido por tempo determinado, ficando a entidade sujeita a controle de resultado para verificação do cumprimento das metas estabelecidas”³³¹. A autora também assevera que “o fim último dos contratos de gestão é a **eficiência**”³³².

Celso Ribeiro BASTOS analisa os benefícios do contrato de gestão:

A celebração do contrato de gestão, pelo menos *a priori*, traria benefícios para ambos os contratantes. Do lado do Poder Público, é possível pensar neste tipo de contrato, (...) como um instrumento de implementação, supervisão e avaliação de políticas públicas, de forma descentralizada, racionalizada e autonomizada, na medida em que vincula recursos ao atingimento de finalidades públicas. Por outro lado, no âmbito interno das organizações (estatais ou não-estatais) contratadas, o contrato de gestão se coloca como um instrumento de gestão estratégica, na

..., p. 283). Para Alice Gonzelez BORGES, “o termo contrato está mal colocado, porque todo conjunto do nosso ordenamento jurídico-constitucional, que não pode ser postergado, entende como contrato um acordo de vontades ditadas por interesses opostos e recíprocos, o que não pode ocorrer entre a pessoa política e seus órgãos” (BORGES, op. cit., p. 31.). Assim, parece-nos que a denominação “acordo-programa” tem melhor emprego.

³²⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 597.

³³⁰ FISCHMANN, Adalberto A. *Contrato-programa governamental rumo à gestão estratégica*. Revista de Administração, São Paulo, vol. 27, nº 1, janeiro/março 1992, pp. 22/23 *apud* CELLI JÚNIOR, Umberto. *Contratos de gestão e o processo de abertura de capital das empresas de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 206, out/dez. 1996, p. 170.

³³¹ DI PIETRO, *Direito ...*, p. 281.

³³² DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 197. A autora também destaca que os contratos de gestão foi “idealizado no direito francês como meio de controle administrativo ou tutela sobre as suas empresas estatais” e, no Brasil, “podem ser importante instrumento de ação do poder público (...) sob a forma de contratualização da tutela sobre as entidades da Administração Indireta” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 45-46, jan/dez. 1996, p. 194).

medida em que direciona a ação organizacional, assim como a melhoria na gestão, aos cidadãos/clientes beneficiários de determinadas políticas públicas³³³.

Alexandre de MORAES ressalta que, de acordo com o §8º do art. 37, a “possibilidade genérica de ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta (...) dependerá de edição de lei genérica, que estabelecerá o grau, os limites e a forma dessa ampliação”. Assim, “com base nessa regulamentação genérica, para cada caso concreto poderão ser firmados contratos entre os administradores dos órgãos e entidades da administração direta e indireta e o poder público, (...) cabendo a prévia lei específica, relacionada a cada futuro contrato, dispor sobre o prazo de sua duração; os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos e obrigações...”³³⁴.

A referida lei genérica ainda não foi editada³³⁵, mas o contrato é celebrado entre as agências reguladoras e os Ministérios aos quais se vinculam pois, de maneira geral, as leis instituidoras prevêm sua negociação entre o Diretor-Presidente de cada agência e os respectivos Ministérios.

O diplomas legais também estipulam que “o contrato de gestão estabelecerá os parâmetros para a administração interna” de cada agência e os “indicadores que permitam avaliar, objetivamente, sua atuação administrativa e o seu desempenho”³³⁶.

A legislação referente à ANVISA e à ANS determina, inclusive, que “o descumprimento injustificado do contrato de gestão implicará a dispensa do Diretor-

³³³ BASTOS, Celso Ribeiro; e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 287.

³³⁴ MORAES, op. cit., p. 61. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO entende que “os contratos travados com sujeitos (pessoas jurídicas) integrantes do próprio aparelho administrativo do Estado”, na verdade, “não podem ser contratos, pois, nesta qualidade, atualmente, seriam juridicamente impossíveis ou inválidos”, mas “poderão existir no futuro, a partir da lei prevista no art. 37, §8º, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional 19, a qual veio a propiciar-lhes a existência jurídica” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Direito ...*, op. cit., p. 181).

³³⁵ A Lei nº 9.986/2000 prevê, em seu art. 21, I, que “as Agências Reguladoras implementarão, no prazo máximo de 2 (dois) anos, contado de sua instituição: I- instrumento específico de avaliação de desempenho, estabelecendo critérios padronizados para mensuração do desempenho de seus empregados;...”.

³³⁶ A este respeito, determinam os arts. 7º da Lei nº 9.427/96 (ANEEL), 19 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA); 14, *caput* e parágrafo único da Lei nº 9.961/2000 (ANS); e 10, *caput* e 1º do Dec. 3.692/2000 (ANA).

Presidente, pelo Presidente da República, mediante solicitação” do Ministro de Estado da Saúde³³⁷.

Caio TÁCITO assevera que a subordinação da atividade a “metas específicas de desempenho e à avaliação periódica de resultados” é uma das características essenciais das agências reguladoras³³⁸. Assim, o contrato de gestão (acordo-programa) é o instrumento adequado para determiná-las, responsabilizando os dirigentes pelo seu descumprimento injustificado e conferindo, em cada caso, “maior autonomia administrativa, orçamentária e financeira”³³⁹.

Além disso, na medida em que o contrato de gestão “busca maior eficiência da Administração Pública, necessitando, portanto, apresentar-se como um ‘documento flexível e dinâmico’³⁴⁰, o art. 7º, §3º da Lei instituidora da ANEEL, determina que o mesmo “será avaliado periodicamente e, se necessário, revisado por ocasião da renovação parcial da diretoria da autarquia, sem prejuízo da solidariedade de seus membros”.

Fernando Herren AGUILLAR observa, em relação à ANEEL, que “o contrato de gestão deverá servir como instrumento de controle da atuação administrativa da autarquia e do seu desempenho, a ser feito por meio de avaliações periódicas. A principal função desse contrato é permitir um acompanhamento, pelo Ministério, das atividades da ANEEL, notadamente em relação aos objetivos e metas a serem perseguidos por esta. A mecânica do contrato de gestão pode ser um instrumento de controle da qualidade dos atos praticados pela Agência, mas pode também prestar-se a retirar dela a sua autonomia e independência, dependendo dos termos em que implementado o contrato”³⁴¹.

Paulo MOTTA faz ressalva semelhante, ao observar que “o contrato de gestão pode: (a) se constituir num alargamento da autonomia conferida pelo

³³⁷ Arts. 20 da Lei nº 9.782/99 (ANVISA) e 15 da Lei nº 9.961/2000 (ANS).

³³⁸ TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. Boletim de Direito Administrativo, n. 2, fevereiro/1999, p. 86.

³³⁹ MUKAI, Toshio. *A reforma administrativa e o contrato de gestão*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, n. 18, julho-setembro 1998, p. 562.

³⁴⁰ BASTOS e TAVARES, op. cit., p. 289.

³⁴¹ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 252-253. Para o autor também “é possível o exercício de controle judicial de cláusulas desse contrato de gestão na medida em que afetem a necessária autonomia da Agência” (ob. cit., p. 253).

legislador, (...); (b) pode se constituir como um fator de diminuição da autonomia conferida (...), estabelecendo metas a menor”³⁴².

Desta forma, considerando que a aplicabilidade dos contratos de gestão é instrumento para a atuação eficiente das agências reguladoras e permitindo o controle de resultados³⁴³, uma vez que devem cumprir as metas fixadas, é importante que seja elaborada disciplina legal que uniformize a matéria. A disciplina genérica deve prever a forma e limites da ampliação da autonomia³⁴⁴; a possibilidade de revisão, para os casos em que seja necessário alterar as metas a cumprir, em atenção a novas exigências relativas aos setores regulados e os casos de responsabilização dos dirigentes, possibilitando que cada agência negocie seu contrato de gestão com a Administração Direta a partir de diretrizes fixas, que assegurem sua independência.

4. 5. Controle financeiro: fiscalização pelo Tribunal de Contas

As agências reguladoras estão sujeitas ao controle financeiro exercido pelos Tribunais de Contas, em atenção ao disposto nos artigos 70 e 71 da Constituição Federal”³⁴⁵.

³⁴² MOTTA, op. cit., p. 150.

³⁴³ “O contrato de gestão (...) é um instrumento de compromisso mútuo entre as partes envolvidas” e “instrumento fundamental na implementação da Reforma do Estado...” (RAMOS, Marcelo de Matos. *Contratos de gestão: instrumentos de ligação entre os setores do aparelho do Estado*. Revista do Serviço Público, São Paulo, n. 2, mai./ago. 1997, p. 83).

³⁴⁴ Para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, a negociabilidade dos contratos de gestão celebrados entre o Diretor-Presidente e o órgão supervisor da Administração Direta “assegura à ANS independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada” (MOREIRA NETO, *Natureza jurídica ...*, p. 74). Marcos Juruena VILLELA SOUTO observa que “a ANEEL fica sujeita (...) ao controle finalístico, (...) sob a técnica do contrato de gestão (art. 7º) negociado entre a Diretoria e o Poder Executivo, que deve estabelecer programas anuais para avaliação de seu desempenho...” (SOUTO, Marcos Juruena Villela. *A ANEEL e a desestatização dos serviços de energia*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 19/1997, p. 174).

³⁴⁵ “Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, (...). Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: (...) II- julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, ...”.

A amplitude da fiscalização a ser exercida por estes órgãos³⁴⁶ é especificada por Régis Fernandes de OLIVEIRA, ao analisar o art. 70:

... no que tange ao controle contábil, (sic) significa um mero controle técnico, ou seja, a contabilidade, entrada e despesa, numericamente relacionadas sem maior novidade. A fiscalização financeira opera-se em relação a *gastos e receitas públicas* fazendo-se através desse instrumento da contabilidade esse possível controle ... O controle operacional quer me parecer dar uma idéia de *modus procedendi* da *despesa pública* e portanto é possível controlar-se a forma pela qual se chega a uma despesa, a uma receita, seja na coleta do dinheiro ou seja no gasto que se efetue; fala também o preceito em controle patrimonial, controle que deve estabelecer-se sobre os *bens, as coisas que pertencem ao Poder Público* ...³⁴⁷

Além da previsão constitucional, verifique-se, a título de exemplo, que o art. 6º do Dec. 2. do Dec. 2.338/97 (ANATEL) determina que “a prestação de contas anual da administração da Agência, depois de aprovada pelo Conselho Diretor, será submetida ao Ministro de Estado das Comunicações, para remessa ao Tribunal de Contas da União - TCU, observados os prazos previstos em legislação específica”.

Luís Roberto BARROSO ressalta que “escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades autárquicas que não impliquem em dispêndio de recursos públicos”:

Nada (...) no texto constitucional o autoriza [o Tribunal de Contas] a investigar o mérito das decisões administrativas de uma autarquia, menos ainda de uma autarquia com as características especiais de uma agência reguladora. Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso é patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.(...) É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação dos Poderes.(...) Não cabe, todavia, ao Tribunal de Contas: (a) exercer fiscalização que não tenha natureza contábil, financeira ou orçamentária, isto é, que não envolva o emprego de recursos públicos; (b) invadir a esfera de reserva administrativa de agência reguladora (...) para perquirir o mérito de suas decisões político-administrativas interferindo com sua atividade fim³⁴⁸.

³⁴⁶ Considerando-se que o objeto do presente estudo parte das agências reguladoras federais, o controle financeiro sobre as mesmas é exercido pelo Tribunal de Contas da União. Todavia, em face da possibilidade de instituição de agências no âmbito estadual, utilizar-se-á a designação “Tribunais de Contas”.

³⁴⁷ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Fiscalização financeira e orçamentária*. Revista de Direito Público n. 96, São Paulo, pp. 213-223 *apud* BARROSO, Luiz Roberto. *Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização e ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 25/1999, p. 80.

³⁴⁸ BARROSO, Luiz Roberto. *Natureza jurídica...*, p. 81.

O autor conclui que “o Tribunal de Contas não pode fiscalizar a atividade-fim da Agência Reguladora, sob pena de que ela não tenha independência”³⁴⁹.

A independência financeira conferida às agências reguladoras pela legislação atinente, conforme já visto, garante-lhes fontes próprias de recursos materiais, que são públicos e, em razão do princípio da supremacia do interesse público e da instrumentalidade do princípio da eficiência, bem como de determinação constitucional expressa, esses recursos devem ser empregados de forma regular, o que é passível de controle pelos Tribunais de Contas.

Todavia, o controle em questão deve limitar-se, por força do *caput* do art. 70 da Constituição, aos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial das autarquias sob regime especial, ou seja, a ações que envolvam o emprego de recursos públicos.

Assim, a atividade fiscalizadora do Tribunal de Contas não pode, por exemplo, requisitar documentos e informações sobre matérias relativas à esfera de autonomia das agências, às suas atividades regulatória e fiscalizadora e à maneira como foram desenvolvidas, sob pena de que seja tolhida a independência assegurada pelos inúmeros mecanismos vistos até então, que configuram a peculiaridade da natureza especial das agências e permitem que atuem sem ingerências³⁵⁰, exercendo suas atribuições em busca da eficiência.

³⁴⁹ DELGADO; BARROSO; e DI PIETRO, op. cit., p. 812. O autor exemplifica como a fiscalização indevida pelo Tribunal de Contas por afetar a independência: “Se alguém pode me dizer o que devo ou não devo fazer e me censurar, evidentemente que eu não tenho independência, estou sujeito ao poder hierárquico de alguém. O Tribunal de Contas não pode, por exemplo, exigir que a Agência Reguladora esclareça porque uma determinada linha de ônibus ou de metrô ainda não foi estendida até uma certa estação. Isto é matéria relativa à atividade-fim da Agência Reguladora, não tem nada a ver com o emprego de recursos públicos; e, por via de consequência não é passível de controle pelo Tribunal de Contas” (Idem, p. 812). Antonio Roque CITADINI ressalta que “os Tribunais de Contas ou Controladorias procuram verificar se os atos administrativos estão de acordo com as leis orçamentárias e se obedecem a critérios de (...) economicidade. (...) A base da fiscalização (...) está nos controles de legalidade e mérito econômico dos atos da Administração...” (CITADINI, Antonio Roque. *Controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995, p. 95).

³⁵⁰ Dentro do seu âmbito de discricionariedade (“discricionariedade técnica”), respeitado o mérito dos seus atos, ou seja, “o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser identificada qual seria a única adequada” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Direito ...*, op. cit., pp. 753-754).

4. 6. A articulação entre as agências reguladoras e o CADE

A repressão “às práticas contra a ordem econômica” é atribuição do CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica, mas também das agências reguladoras³⁵¹, pois o Estado pode intervir na economia³⁵² para assegurar o princípio constitucional da “livre concorrência”³⁵³ e “tem o poder-dever de intervir no mercado, tanto de forma preventiva quanto repressiva, corrigindo as práticas que considere nocivas”.³⁵⁴

O CADE, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, atua contra infrações à ordem econômica que possam “limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante”³⁵⁵.

A Lei Geral de Telecomunicações - LGT (Lei nº 9.472/97) “institui o regime de competição como princípio a ser seguido na regulamentação do setor”³⁵⁶, cabendo à ANATEL “exercer, relativamente à telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa

³⁵¹ Sérgio Henrique Hudson de ABRANCHES ressalta que “o desenho da regulação deve estar primariamente voltado para (...) criar condições de que o regulador possa eliminar ao máximo as restrições à concorrência, que estão produzindo falhas no mercado; ou evitar ao máximo que uma firma monopolista obtenha rendas extraordinárias, derivadas de sua posição no mercado...” (ABRANCHES, op. cit., pp. 35-36).

³⁵² Analisando a configuração do modelo do “Estado Subsidiário”, Juan Carlos CASSAGNE ressalta que “... en el campo económico se observa un mayor énfasis aún en la legislación, con el propósito declarado de asegurar la potestad interventora para corregir los abusos y las prácticas monopólicas” (CASSAGNE, *Derecho...*, p. 61).

³⁵³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV- livre concorrência.(...) Art. 174. (...)§4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

³⁵⁴ WALD e MORAES, op. cit., p. 165.

³⁵⁵ Art. 21 da Lei nº 8.884/94.

³⁵⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto de Arruda. *Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes*. Revista Interesse Público, Curitiba, n. 2, 1999, p. 34. Os autores ressaltam que o princípio é expresso no art. 2º: “O Poder Público tem o dever de: (...) III- adotar medidas que promovam a competição e a diversidade dos serviços, incrementem sua oferta e propiciem padrões de qualidade compatíveis com a exigência dos usuários;...”.

Econômica - CADE³⁵⁷. Além disso, convém destacar o que determina o art. 7º da LGT:

Art. 7º. As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§1º. Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§2º. Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§3º. Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

A interação entre a **ANATEL** e o CADE ocorre na forma do parágrafo único do art. 18 do Dec. 2.338/97, pelo qual a agência encaminha diretamente ao Conselho os “expedientes instaurados e que devam ser conhecidos por ele”, que tem competência para julgar e decidir as infrações à ordem econômica. À ANATEL, “enquanto órgão regulador, cabe apenas adotar medidas, e nunca julgar ato praticado”³⁵⁸.

À **ANEEL** compete, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.427/96:

Art. 3º. ...

...

VIII- estabelecer, com vistas a propiciar concorrência efetiva entre os agentes e a impedir a concentração econômica nos serviços e atividades de energia elétrica, restrições, limites ou condições para empresas, grupos empresariais e acionistas, quanto à obtenção e transferência de concessões, permissões e autorizações, à concentração societárias e à realização de negócios entre si;

IX- zelar pelo cumprimento da legislação de defesa da concorrência, monitorando e acompanhando as práticas de mercado dos agentes do setor de energia elétrica;

³⁵⁷ Art. 19, XIX da Lei nº 9.472/97.

³⁵⁸ WALD e MORAES ressaltam ainda que a ANATEL “exercera sua função por meio de representação, ou ofício, à SDE para apuração e averiguação de indícios de infração, cabendo à SDE a instauração, ou não, de processo administrativo”. A SDE - Secretaria de Direito Econômico é “órgão vinculado ao Ministério da Justiça, sendo competente para investigar os mercados econômicos, bem como práticas abusivas contra a ordem econômica, cabendo-lhe “instaurar processo administrativo quando verificados quaisquer indícios de infração à ordem econômica, competindo ao Plenário do CADE julgar processos instaurados pela SDE, decidindo sobre a existência, ou não, de infração à ordem econômica (WALD e MORAES, op. cit., p. 167).

...

Parágrafo único. No exercício da competência prevista nos incisos VIII e IX, a ANEEL deverá articular-se com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

O art. 13 do Dec. 2.335/97 determina que a ANEEL deve desenvolver ações para estimular o “exercício da livre competição, visando a proteção e defesa dos agentes do setor de energia elétrica e à repartição de forma justa dos benefícios auferidos, entre esses agentes e os consumidores”, devendo ser celebrados **convênios de cooperação** com a Secretaria de Direito Econômico e demais órgãos de proteção e defesa da ordem econômica, com o objetivo de harmonizar suas ações institucionais”.

A ANP, deverá comunicar imediatamente à Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça fato que tomar conhecimento, no exercício de suas atribuições, e que possa configurar indício de infração da ordem econômica, devendo a SDE tomar as providências cabíveis. O CADE, independentemente dessa comunicação, notificará a ANP do teor da decisão que aplicar sanção por infração da ordem econômica cometida por empresas ou pessoas físicas no exercício de atividades relacionadas com o abastecimento nacional de combustíveis³⁵⁹.

À **ANS** compete adotar as medidas necessárias para estimular a competição no setor de planos privados de assistência à saúde³⁶⁰ e, comunicar ao CADE, à SDE e à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda fatos que tomar conhecimento e que configurem ou possam configurar infração à ordem econômica³⁶¹.

A necessidade de uma “integração sistêmica” entre as agências reguladoras e o CADE e ressaltada por Fernando Herren AGUILLAR, ao observar que:

... a ANEEL não dispõe de competência para exercer controle sobre a dimensão concorrencial dos serviços públicos. Por isso, por maior que seja a eficiência das agências setoriais no desempenho das tarefas que lhes competem, tal nunca será suficiente para dar conta das necessidades regulatórias, que somente podem ser suficientemente enfrentadas na esfera da regulação sistêmica. Por outro lado, o

³⁵⁹ Art. 10 da Lei nº 9.478/97.

³⁶⁰ Art. 3º, inciso XXXIII do Dec. 3.327/2000.

³⁶¹ Art. 3º, §4º do Dec. 3.327/2000.

Sistema de Defesa da Concorrência não dispõe necessariamente dos conhecimentos técnicos que muitas vezes são decisivos para a avaliação correta dos fenômenos de concentração. Dessa maneira, como tem, aliás, defendido publicamente o Secretário de Acompanhamento Econômico, Bolívar Moura Rocha, é necessário que a articulação entre agências reguladoras e o Sistema de Defesa da Concorrência seja aperfeiçoada. A sugestão de Moura Rocha é a instituição de convênios entre esses órgãos ...³⁶²

A partir dos dispositivos legais mencionados, constata-se que a interação entre as agências reguladoras que tem por finalidade a repressão às práticas de infração à ordem econômica e o CADE deve ocorrer a partir da comunicação dos fatos à SDE para que esta investigue e para que o CADE realize o julgamento, bem como mediante convênios de cooperação. A coordenação de ações é necessária³⁶³ porque permite que as agências, de maneira geral, cumpram suas finalidades e exerçam suas competências, contribuindo para uma atuação eficiente.

4. 7. Poder de resolução de conflitos, controle judicial e regulação eficiente

A resolução de conflitos de interesses entre as partes envolvidas nas atividades reguladas tem sido atribuída às agências pela legislação atinente.

A **ANEEL** exerce “função jurisdicional”³⁶⁴ pois a ela cabe “dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas,

³⁶² AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 281. Em sentido semelhante, Arnoldo WALD e Luisa Rangel de MORAES entendem que “o desejável é que esteja sempre presente um mecanismo de cooperação entre os diversos agentes reguladores, permitindo não-somente a troca de informações, como eventualmente, decisões conjuntas capazes de tornar mais eficazes as diversas ações governamentais” (WALD e MORAES, op. cit., p. 167).

³⁶³ A **ANVISA** deve monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde e, quando constatar indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, pode convocar os responsáveis para, no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, justificar a respectiva conduta. A agência também pode aplicar a penalidade prevista no art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994, que consiste em multa pecuniária para a recusa, omissão, enganiosidade, ou retardamento injustificado de informação ou documentos solicitados³⁶³ (Art. 7º, inciso XXV, alíneas c e d da Lei nº 9.782/99). Apesar da ausência de previsão legal expressa a respeito, é adequado que a ANVISA comunique a existência das infrações que constatar à SDE e ao CADE, pois somente a estes cabe, respectivamente, investigá-las e julgá-las.

³⁶⁴ MOTTA, op. cit., p. 208.

produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores”³⁶⁵.

A **ANATEL** deve “compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras de serviços de telecomunicações”³⁶⁶, “decidir em último grau sobre as matérias de sua alçada, sempre admitido recurso ao Conselho Diretor”³⁶⁷ e “atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo as infrações e compondo ou arbitrando conflitos de interesses...”³⁶⁸.

O art. 19 do Dec. 2.455/98 determina que a atuação da **ANP**, para a “solução de conflitos entre agentes econômicos, e entre estes e usuários e consumidores” de bens e serviços da indústria do petróleo, será exercida mediante conciliação ou arbitramento³⁶⁹, de forma a “dirimir as divergências”³⁷⁰.

Para a **ANVISA**, as “sessões deliberativas, que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços compreendidos na área de atuação da Agência serão públicas”,

³⁶⁵ Art. 3º, V da Lei nº 9.427/96. A este respeito convém prevê o art. 18 do Dec. 2.335/97: “A atuação da ANEEL para a finalidade prevista no inciso V do art. 3º da Lei 9.427, de 1996, será exercida direta ou indiretamente, de forma a: I - dirimir as divergências entre concessionários, permissionários, autorizados, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e os consumidores, inclusive ouvindo diretamente as partes envolvidas; II - resolver os conflitos decorrentes da ação reguladora e fiscalizadora no âmbito dos serviços de energia elétrica, nos termos da legislação em vigor; III - prevenir a ocorrência de divergências; IV- proferir a decisão final, com força determinativa, em caso de não entendimento entre as partes envolvidas; V- utilizar os casos mediados como subsídios para regulamentação”.

³⁶⁶ Art. 19, XVII da Lei nº 9.472/97.

³⁶⁷ Art. 19, XXV da Lei nº 9.472/97.

³⁶⁸ Art. 16, XIX do Dec. 2.338/97.

³⁶⁹ A tendência de admissão da arbitragem como forma de composição de conflitos “entre os atores envolvidos na concessão” é analisada por Marcos Juruena VILLELA SOUTO, indicando que “o problema surge quando a agência é um desses atores, exercendo a função de poder concedente, hipótese em que é desconfortável, aos olhos do investidor, que ela atue como parte e julgador ao mesmo tempo”. A Lei de Concessões previu “a possibilidade de serem estabelecidos meios amigáveis de solução de controvérsias” e a possibilidade de adoção da arbitragem tem sido discutida, face à legislação sobre a matéria (Lei nº 9.307/96), que abrange “questões comerciais” e não contratos administrativos. O autor observa, a partir do ensinamento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, com fundamento no voto do Ministro Godoy Ilha, do extinto Tribunal Federal de Recursos, que, apesar da polêmica, “restringir o uso da arbitragem pelo Estado é restringir-lhe a própria autonomia contratual e a possibilidade de prevenir litígios e solucionar conflitos pela via do pacto de compromisso, desde que não estejam envolvidos interesses indisponíveis”. (SOUTO, *Agências...*, p. 137).

³⁷⁰ Art. 19, I do Dec. 2.455/98. O inciso II determina a resolução de conflitos “decorrentes da ação de regulação, contratação e fiscalização no âmbito da indústria do petróleo e da distribuição e revenda de derivados de petróleo e álcool combustível”. Os incisos III, IV e V possuem a mesma redação daqueles constantes no art. 18 do Dec. 2.335/97 *supra*.

assegurando-se aos interessados o contraditório e a ampla defesa³⁷¹. A mesma previsão encontra-se no art. 31 do Anexo I do Dec. 3.327/2000, que aprova o Regulamento da **ANS**.

Em relação à **ANA**, a Diretoria Colegiada deve “solucionar administrativamente os conflitos referentes aos usos de recursos hídricos de domínio da União”³⁷².

De maneira geral, é prevista a realização de **sessões públicas** para as deliberações, dos respectivos Conselhos Diretores das agências, que se destinem a resolver pendências entre agentes econômicos e entre estes e consumidores e usuários de bens e serviços do setor regulado, permitida sua gravação por meios eletrônicos e assegurado aos interessados o direito de delas obter transcrições³⁷³.

Além disso, o processo decisório que implicar efetiva afetação de direitos dos agentes econômicos do setor regulado ou dos consumidores, decorrente de ato administrativo da respectiva Agência ou de anteprojeto de lei por ela proposto, será precedido de **audiência pública** para, dentre outros objetivos, recolher subsídios, conhecimentos e informações para o processo decisório³⁷⁴.

Afirma-se que a independência decisória das agências reguladoras envolve, além dos aspectos já ressaltados em Capítulo anterior³⁷⁵, o “poder jurisdicional”³⁷⁶, caracterizado pela competência que possuem para “apreciar e desenvolver

³⁷¹ Art. 31 do Dec. 3.029/99.

³⁷² Art. 7º, XII do Dec. 3.692/2000.

³⁷³ Desta maneira é previsto no parágrafo 2º do art. 21 da Lei nº 9.472/97 e no art. 32 do Dec. 2.338/97 (ANATEL); no art. 22 do Dec. 2.335/97 (ANEEL); no art. 18 da Lei nº 9.478/97 e no art. 21 do Dec. 2.455/98 (ANP); no art. 31 do Dec. 3.029/99 (ANVISA); e no art. 31, do Anexo I do Dec. 3.327/2000 (ANS).

³⁷⁴ A este respeito determinam os arts. 21 do Dec. 2.335/97 (ANEEL); 22 do Dec. 2.455/98 (ANP); 32 e 33 do Anexo I do Dec. 3.029/99 (ANVISA); 32 e 33 do Anexo I do Dec. 3.327/2000 (ANS); 11, II, do Anexo I do Dec. 3.692/2000 (ANA).

³⁷⁵ Vide *supra* Capítulo 4, item 4.2.1.

³⁷⁶ A expressão é utilizada por Leila CUÉLLAR. Todavia, na **resolução de conflitos** a Administração Pública, a rigor, não exerce função jurisdicional, conforme ensina Michel TEMER: “Por ato *jurisdicional* entende-se aquele capaz de produzir a *coisa julgada* (Art. 5º, XXXVI). É função típica, prevalecente, do Poder Judiciário exercer a *jurisdição*. Esta, por sua vez, consiste no poder de dizer o direito (*juris dicere*) aplicável a uma controvérsia, deduzida processualmente em caráter definitivo e com força institucional do Estado. A *definitividade* é o traço marcante da *jurisdição*. Deriva do preceito insculpido no art. 5º, XXXV, da CF (...). Por força dele é que a solução de litígios, pela Administração (...) não é definitiva.(...) Não estará, contudo, exercendo a *jurisdição* no sentido rigorosamente científico que lhe empresta a Constituição ao atribuí-la ao Poder Judiciário. É que tais decisões poderão ser levadas, sempre, ao Judiciário, para que ali, escoados os recursos, se opere a ‘definitividade’ da decisão”. (TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 168).

processos administrativos sem controle e (ou) a possibilidade de interposição de recursos administrativos para a Administração central”, bem como para adotar providências administrativas *ex officio* e solucionar controvérsias que podem envolver a Administração e pessoas privadas e (ou) pessoas privadas entre si”³⁷⁷.

A impossibilidade de interposição de recursos hierárquicos impróprios³⁷⁸ revela a independência conferida pelo regime especial³⁷⁹. Assim, os atos praticados são passíveis de reexame pela própria agência, conforme determinado nas leis instituidoras³⁸⁰, mas em razão do “**princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário**”³⁸¹, expresso no art. 5º, inciso XXXV, todos os atos são passíveis de reexame, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A este respeito, observa DI PIETRO:

Costuma-se afirmar que as agências reguladoras gozam de certa margem de independência em relação aos três Poderes do Estado: (...) c) em relação ao Poder Judiciário, porque dispõem de função quase-jurisdicional no sentido de que resolvem, no âmbito de suas atividades controladas pela agência, litígios entre os vários delegatários que exercem serviço público mediante concessão, permissão ou autorização e entre estes e os usuários dos serviços públicos. Sua independência, contudo, deve ser entendida em termos compatíveis com o regime constitucional brasileiro. Independência em relação ao Poder Judiciário praticamente não existe, uma vez que a agência pode dirimir conflitos em última instância **administrativa**, mas isso não impede o controle de suas decisões pelo Poder Judiciário, por força

³⁷⁷ CUÉLLAR, op. cit., p. 137. Todavia, a autora ressalta que, em razão do princípio constitucional do acesso à justiça, há também o controle do Poder Judiciário.

³⁷⁸ O recurso hierárquico “é a petição dirigida à autoridade imediatamente superior à que proferiu a decisão questionada, postulando sua reforma ou supressão”. Celso Antonio BANDEIRA DE MELLO ressalta que “os recursos administrativos são propostos na intimidade de uma mesma pessoa jurídica; por isto são chamados de recursos hierárquicos. Se, todavia, a lei previr que da decisão de uma pessoa jurídica cabe recurso para *autoridade encartada em outra pessoa jurídica*, o recurso será, em tal caso, denominado de recurso hierárquico *impróprio*” (MELLO, Celso Antonio Bandeira de., *Direito ...*, op. cit., pp. 112-113).

³⁷⁹ “Não deve caber controle administrativo pela via do recurso hierárquico impróprio, admitindo-se que a decisão da agência reguladora possa ser revista ou modificada por um agente político (como um Ministro ou Secretário de Estado, por exemplo)”, pois “isso retiraria toda a independência da entidade e a segurança dos investidores, que ficariam, assim, sujeitos a critérios políticos (...) de julgamento” (SOUTO, *Agências...*, p. 148).

³⁸⁰ A art. 8º do Anexo I do Dec. 2.335/97 (ANEEL); 17 do Anexo I do Dec. 2.455/98 (ANP); 11 do Anexo I do Dec. 3.029/99 (ANVISA); 9º do Anexo I do Dec. 3.327/2000 (ANS); 19, §2º do Anexo I do Dec. 3.692/2000 (ANA).

³⁸¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 163.

do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (...). Além disso, o direito brasileiro adota o sistema de unidade de jurisdição³⁸².

Os atos emanados das agências reguladoras são atos administrativos e, submetidos ao regime jurídico-administrativo, também estão sujeitos ao controle judicial, “podendo ser objeto de impetração de mandado de segurança individual ou coletivo, ação civil pública e ação popular, além das ações ordinárias e cautelares”³⁸³.

Paulo MOTTA justifica a importância do controle:

Quanto aos atos dos dirigentes das agências reguladoras, dúvidas não há que são atos administrativos, devendo, portanto, serem objeto de amplo controle, não apenas no tocante aos seus requisitos de validade, mas também em relação aos aspectos econômicos dos mesmos. (...) Os atos editados pelos dirigentes das agências reguladoras possuem ampla influência sobre toda a sociedade e economia. Observe-se, por exemplo, que a escolha de uma tecnologia, em detrimento de outra, pode ocasionar ganhos ou prejuízos de bilhões de reais. Deste modo, os atos administrativos de competência desses agentes estão sujeitos ao controle por parte de toda a sociedade, não somente perante o Poder Judiciário³⁸⁴.

Em razão do princípio da eficiência, os atos emanados das agências reguladoras devem buscar atender à finalidade pública, elemento vinculado dos atos administrativos³⁸⁵, passível de reexame pelo Poder Judiciário e “identificado de acordo com os princípios da boa administração”³⁸⁶. Considerando a instrumentalidade do princípio da eficiência, o controle judicial permite constatar se a atuação reguladora foi eficiente, na medida em que os interesses públicos foram atendidos, bem como os princípios da moralidade, a impessoalidade, a legalidade e a publicidade.

³⁸² DI PIETRO, *Parcerias ...*, p. 131. “No sistema de jurisdição una, o julgamento dos litígios em que a Administração é parte, compete aos juízos e tribunais comuns. Admitem-se órgãos e varas especializadas (que não significa justiça especial) mas inseridas entre órgãos de uma única ordem de jurisdição. É o sistema do Brasil, dos países anglo-saxônicos e de muitos países latino-americanos, como a Argentina, por exemplo” (MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, pp. 163-164).

³⁸³ WALD e MORAES, op. cit., pp. 164-165.

³⁸⁴ MOTTA, op. cit., pp. 118-119.

³⁸⁵ Ao contrário de Marcelo HARGER, para o qual a eficiência têm relevância somente para os atos discricionários, Tércio Sampaio FERRAZ JÚNIOR entende que a o princípio “é pressuposto tanto de atos vinculados quanto de atos discricionários, estando o agente da regulação obrigado a afinar suas decisões com os objetivos (...) setoriais prescritos em lei (legalidade em sentido de legitimação)” (FERRAZ JÚNIOR, op. cit., p. 157).

³⁸⁶ De acordo com o entendimento do Professor Pedro Henrique Xavier, em aulas ministradas no Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

A possibilidade de solucionar conflitos entre os agentes econômicos da atividade regulada e entre estes e os consumidores também contribui para a atuação eficiente das agências reguladoras, na medida em que são agilizadas as decisões, tomadas por agentes que mantêm contato direto com o campo de divergência, dispondo de mecanismos que permitem ouvir as demandas populares³⁸⁷.

Segundo Pedro DUTRA, um dos fatores que contribuiu para definir o modelo moderno das agências reguladoras foi a “necessidade de decisões em tempo econômico”, pois “setores como os de serviços públicos demandam altos investimentos de instalação e de manutenção e a solução tardia de conflitos vulnera investimentos e compromete o devido atendimento ao consumidor”³⁸⁸

De toda forma, os atos emanados das agências, por imposição constitucional, são sempre passíveis de controle pelo Poder Judiciário, fator que também contribui para a eficiência que, enquanto princípio, “deve sofrer um processo contínuo de *interpretação conforme a Constituição*, a fim de evitar rupturas ou fraudes constitucionais que atentem contra a Lei Fundamental” e interage com os demais princípios constitucionais da Administração Pública³⁸⁹.

4. 8. Controle social: participação e defesa dos consumidores

O controle social sobre as agências reguladoras consiste no “controle que efetivamente caiba a setores da sociedade diretamente sobre os serviços públicos, sejam eles desempenhados por empresas privadas ou pelo próprio Estado” - bem como sobre os demais setores regulados pelas agências - e no “poder que desfrute

³⁸⁷ Além das audiências e sessões públicas, outros instrumentos que ampliam a publicidade e a participação popular nas agências reguladoras serão tratados no item 4.8.

³⁸⁸ DUTRA, Pedro. *A fiscalização dos serviços públicos privatizados*. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20.10.98, p. A-3 *apud* SOUTO, op. cit., p. 132.

³⁸⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 194.

a sociedade para interferir nas decisões estatais a respeito dos órgãos reguladores, na sua composição e modelagem”³⁹⁰.

A participação popular na Administração Pública obedece ao “princípio da gestão participativa, como desmembramento do princípio da soberania popular e da democracia representativa, previstos no parágrafo único do art. 1º da Constituição, significando a “intervenção nos órgãos de gestão dos serviços também por representantes das comunidades em que os serviços estão inseridos”³⁹¹.

Agustin GORDILLO, ao tratar das tendências para o Direito Público, observa uma mudança “social”: “a sociedade política e a administração que a dirige devem receber o influxo de concepções de renovada força. Agora se pretende conseguir uma sociedade participativa no mais pleno sentido da palavra: participação nos benefícios da sociedade, participação na tomada de decisões do poder”. Em relação à participação administrativa, ensina que “a Administração não pode e nem deve administrar sozinha: **o povo deve participar na decisão administrativa.**”³⁹².

A mudança também é destacada por Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, ao ressaltar que “a intensa participação dos administrados na coisa pública, deixando, assim, de ser súditos de um Estado-tutor para se transformarem em cidadãos de um Estado-instrumento, supõe que essa nova consciência cidadã, em pleno florescimento, venha a exigir sempre melhores resultados na administração dos interesses públicos³⁹³, independentemente de quem os promova, um fato que revela a nova dimensão de *eficiência*...”³⁹⁴. Segundo o autor, a “participação administrativa visa, principalmente, à legitimação dos atos governamentais na

³⁹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 248.

³⁹¹ MORAES, op. cit., p. 34.

³⁹² GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais de direito público*. (tradução de Marco Aurélio Greco). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, pp. 39-40 (sem grifos no original). No mesmo sentido, “a sociedade deve criar os seus órgãos de colaboração, controle e intervenção na vida estatal, para reassumir a posição, que sempre deveria ter tido, de titular da verdadeira soberania, que pertence à nação” (WALD e MORAES, *O Direito...*, p. 21).

³⁹³ Neste ponto, salutar a observação de Juan Carlos CASSAGNE: “...para cumplir con la finalidad social que se halla ínsita en la economía de mercado los Estados incorporan a los respectivos ordenamientos normas de protección de los consumidores y usuarios mediante garantías jurídicas adecuadas que los defienden frente a los abusos de los productores, comerciantes y prestadores de servicios, procurando de esta manera alcanzar um razonable equilibrio entre la libertad y el bien común al que se deben orientar las iniciativas particulares” (CASSAGNE, *Derecho ...*, pp. 68-69).

³⁹⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Uma nova administração pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun. 2000, p. 182.

execução das atividades finalísticas da Administração Pública, ou seja, (...) na prestação de Serviços Públicos, no Ordenamento Econômico, (...). Perfaz assim uma dupla função: legitima as futuras decisões e amplia o controle de legalidade, de legitimidade e de moralidade daquelas já tomadas”³⁹⁵.

Para DROMI, “a reforma do Estado impõe o resgate dos mecanismos de controle para fiscalizar a legitimidade do exercício do governo e para resguardar os direitos do cidadão”³⁹⁶.

Segundo Fernando Herren AGUILLAR:

... o controle social, exercido através da participação popular, deve ter espaço institucional para que cumpra seus objetivos. Trata-se de uma participação popular albergada pelo aparelho jurídico estatal e não meramente a manifestação espontânea dos interesses da população. É preciso organizar, institucionalizar espaços de veiculação de interesses. E isso somente é possível amparando-os através do direito³⁹⁷.

Neste sentido, a estrutura das agências reguladoras consagra, por força da legislação correlata, mecanismos de participação popular, bem como instrumentos que permitem o amplo conhecimento do processo decisório, pois a finalidade das agências é “coordenar a intervenção estatal em um determinado setor da economia, preservando a competição entre os particulares e fiscalizando a execução de serviços públicos executados pela iniciativa privada”, sendo, portanto, “essencial às agências a fixação de um **processo (...) transparente de tomada de decisões**”³⁹⁸.

Da mesma forma, entende Carlos Ari SUNDFELD, pois “a Administração jamais maneja interesses, poderes ou direitos pessoais seus, surge o dever da absoluta transparência. ‘*Todo poder emana do povo e em seu nome é exercido*’ (CF, art. 1º, §1º). É óbvio que o povo, titular do poder, tem *direito* de conhecer tudo o que concerne à Administração, de controlar passo a passo o exercício do poder”³⁹⁹.

³⁹⁵ MOREIRA NETO, *Tendências ...*, p. 95.

³⁹⁶ DROMI, José Roberto *apud* PEREZ, Marcos Augusto. *Privatização e contrato. O contrato como técnica de remodelação estatal*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, n. 7, ano 2, dezembro de 1995, p. 1040.

³⁹⁷ AGUILLAR, op. cit., p. 293.

³⁹⁸ PEREZ, op. cit., pp. 127-128. (sem grifos no original)

³⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, vista e intimação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar. 1995, p. 98.

A realização de **sessões e audiências públicas**, conforme já visto⁴⁰⁰, asseguram a **publicidade** na atuação das agências. As audiências, especificamente, tem o objetivo de “recolher subsídios e informações para o processo decisório, propiciar aos agentes e consumidores a possibilidade de encaminhamento de seus pleitos, opiniões e sugestões; e (...) dar publicidade à ação regulatória”⁴⁰¹.

A **consulta pública** também garante a publicidade, nos termos do art. 67 do Regulamento da ANATEL:

Art. 67. As minutas de atos normativos serão submetidas à consulta pública, formalizada por publicação no Diário Oficial da União, devendo as críticas e sugestões merecer exame e permanecer à disposição do público na Biblioteca, nos termos do Regimento Interno⁴⁰².

A instituição das **Ouvidorias**⁴⁰³, “tradução e adaptação do direito brasileiro do *ombudsman*, como parte integrante da estrutura do órgão regulador, que centraliza as sugestões, pedidos de informação e reclamações dos usuários”⁴⁰⁴ também merece destaque, pois “a unipessoalidade do órgão permite que a instituição alcance maior unidade e coerência, ao mesmo tempo que transfere para seu titular autoridade e prestígio, conferindo-lhe singular importância e força moral que caracterizam suas intervenções junto ao poder público”⁴⁰⁵.

O ouvidor, com mandato de dois anos, tem a atribuição de receber denúncias e promover as ações necessárias à apuração da veracidade das reclamações e

⁴⁰⁰ Vide *supra* item 4.7.

⁴⁰¹ A audiência pública, para Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, constitui “é um instituto de participação administrativa aberto a indivíduos e a grupos sociais determinados, visando à legitimidade da ação administrativa, formalmente disciplinada em lei, pela qual se exerce o direito de expor tendências, preferências e opções que possam conduzir o Poder Público a uma decisão de maior aceitação consensual” (MOREIRA NETO, *Tendências...*, p. 96).

⁴⁰² Disposição semelhante encontra-se no arts. 35 dos Regulamentos da ANS e da ANVISA (sem menção expressa à Biblioteca).

⁴⁰³ A este respeito dispõem os arts. 50 a 55 do Regulamento da ANATEL; 8º, §1º do Regulamento da ANEEL; 25 a 28 do Regulamento da ANVISA; e 18 a 21 do Regulamento da ANS.

⁴⁰⁴ WALD e MORAES, op. cit., pp. 162-163.

⁴⁰⁵ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *A institucionalização do ombudsman no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 167, jan./mar. 1987, p. 1. Segundo Odete MEDAUAR, “os argumentos favoráveis [à instituição do *ombudsman*] mais comumente citados são os seguintes: a) sua atuação evita o clima de desconfiança entre a Administração e os particulares; (...) b) caráter informal e o acesso direto favorecem o indivíduo, pois o Ombudsman é uma pessoa, não um órgão burocratizado” (MEDAUAR, *Controle ...*, p. 157).

denúncias, bem como o direito de assistir às sessões e reuniões do Conselho Diretor e ter acesso a todos os autos e documentos, para produzir apreciações críticas sobre a atuação do órgão regulador, que devem ser “publicadas no Diário Oficial da União e mantidas em arquivo, na Biblioteca, para conhecimento geral”.

A atuação independente do ouvidor é assegurada pela ausência de vinculação hierárquica com o Conselho Diretor e pela previsão de que somente poderá perder o mandato em virtude de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar, sendo-lhe vedado ter interesse significativo em empresa do setor regulado⁴⁰⁶.

Também estão previstas **Corregedorias**⁴⁰⁷, com a finalidade de “fiscalizar as atividades funcionais dos servidores, dos órgãos e das unidades das agências, apreciar as representações sobre a atuação dos servidores e emitir parecer sobre o desempenho dos mesmos (...); realizar correição nos órgãos e unidades, sugerindo as medidas necessárias à racionalização e eficiência dos serviços”; e “instaurar de ofício ou por determinação superior, sindicâncias e processos administrativos disciplinares”⁴⁰⁸.

A participação institucionalizada da sociedade verifica-se nos **Conselhos Consultivos**⁴⁰⁹, integrados, dentre outros, por Conselheiros nomeados por decreto do Presidente da República, mediante indicação de entidades representativas de usuários e da sociedade, com a função de opinar sobre as propostas de políticas governamentais na área de atuação da agência, apreciar relatórios da Diretoria Colegiada, requerer informações e propor diretrizes e recomendações à Diretoria,

⁴⁰⁶ Em atenção ao que ressalta Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes: “A autonomia funcional do *ombudsman* é um requisito imprescindível e, para que sua atuação seja eficaz ele não poderá estar sob a influência de autoridades ou sujeito (...) imperativo de qualquer espécie. Deverá, ainda, ter garantias de inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e mandato determinado” (GOMES, op. cit., p. 2).

⁴⁰⁷ Arts. 59 do Regulamento da ANATEL, 24 do Regulamento da ANVISA, 22 do Regulamento da ANS e 7º do Regulamento da ANA.

⁴⁰⁸ Leila CUÉLLAR também destaca a necessidade de observância, por parte das agências, das disposições previstas na Lei nº 9.874, de 29/01/99, que “estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e aos melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º, *caput*). A autora ressalta que a Lei “não dispõe exclusivamente acerca do processo administrativo, mas versa sobre temas de ‘direito Administrativo material’(princípios gerais; ato administrativo; competência; invalidação; revogação e convalidação de atos etc.)”. (CUÉLLAR, op. cit., pp. 152-153).

⁴⁰⁹ Os Conselhos Consultivos estão previstos nos arts. 33 a 37 da Lei nº 9.472/97 e 36 a 45 do Regulamento da ANATEL; e 15 a 20 do Regulamento da ANVISA.

dentre outras atribuições⁴¹⁰. Na estrutura da **ANS** existe a Câmara de Saúde Suplementar, “de caráter consultivo”⁴¹¹, integrada por “um representante das entidades (...): a) de defesa do consumidor; b) de associações de consumidores e planos privados de assistência à saúde...”, dentre outros.

O art. 5º, XXXIV, a, da Constituição, assegura a qualquer pessoa o **direito de petição** aos Poderes Públicos, em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, visando “defender *direito* ou noticiar *ilegalidade* ou *abuso de autoridade*”⁴¹². Desta forma, é previsto que “qualquer pessoa terá o direito de peticionar ou de recorrer contra ato da Agência Nacional de Telecomunicações”⁴¹³, o que, por determinação constitucional, entendemos ser aplicável a todas as agências.

Além dos mecanismos acima ressaltados “o controle popular da Administração Pública (...) se exprime, de modo concreto, mediante legitimidade processual atribuída a qualquer cidadão para propor ação popular”⁴¹⁴.

Para DI PIETRO, “no Brasil, o meio mais eficaz de participação popular ainda é o que se realiza mediante provocação do Poder Judiciário”⁴¹⁵, que se verifica dependendo do caso, mediante ação popular, mandado de segurança, ação civil pública e demais ações citadas no ponto anterior.

As formas de controle popular da atuação das agências contribuem para sua eficiência, na medida em que esta é princípio instrumental em relação aos demais previstos na Constituição, dentre eles o da moralidade administrativa, entendida

⁴¹⁰ Fernando Herren AGUILLAR ressalta que “embora tenham função meramente opinativa e de encaminhamento de idéias”, os Conselhos Consultivos constituem “a mais importante inovação jurídica em matéria de controle social. A existência de um Conselho Consultivo nesses moldes permitirá a manifestação institucional de interesses localizados na sociedade, sem necessariamente prestigiar a representatividade exclusivamente política. O Conselho Consultivo terá melhores condições que o Parlamento, embora sem o mesmo poder decisório, de trazer à tona a discussão dos interesses sob um viés técnico” (AGUILLAR, op. cit., p. 252).

⁴¹¹ A este respeito, dispõem os arts. 13 e 14 do Regulamento da ANS.

⁴¹² TEMER, op. cit., p. 201. A este respeito, o autor observa ainda que “dá-se notícia do fato abusivo para que os Poderes Públicos providenciem as medidas adequadas e se *solicita*, se *pede*, medida que defenda direito. A *petição* visa a prevenir a vulneração a direito (...) e denunciar ilegalidade ou abuso de poder”.

⁴¹³ Arts. 44 da Lei nº 9.472/97 e 69 do Dec. 2.338/97 (ANATEL);

⁴¹⁴ TÁCITO, Caio. *Direito administrativo participativo*. Revista de Direito Administrativo, n. 209, Rio de Janeiro, jul./set. 1997, p. 6.

⁴¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Participação popular na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar. 1993, p. 38.

como “o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os fins sociais prevaletentes e voltada à realização de seus fins”⁴¹⁶.

Com a participação institucionalizada, ou pela via judicial, os cidadãos controlam os atos emanados das agências reguladoras sob o aspecto da moralidade administrativa “que exige dos (...) agentes absoluta fidelidade à produção de resultados que sejam adequados à satisfação dos interesses públicos, assim por lei caracterizados...”⁴¹⁷.

O controle social, ao mesmo tempo em que fiscaliza a atividade reguladora, também permite a defesa dos interesses dos consumidores, que participam da estrutura das agências ou recorrem ao Poder Judiciário.

Em relação aos consumidores de serviços públicos, oportunas as considerações de Juarez FREITAS:

Concretamente, o Estado precisa ser a síntese da igualdade e da liberdade e, mais precisamente, o equilíbrio entre liberdades positivas e negativas, inclusive ao decidir pela execução direta ou indireta dos serviços públicos. Para tanto, mister que sejam integrados à textura estatal (...) os sensatos mecanismos aptos a ouvir mais o cidadão usuário (...) Prescreveu art. 175, II, da Constituição Federal a disciplina legal e a fixação dos direitos dos usuários. A Lei 8.987/95 cuidou de fazê-lo⁴¹⁸,

⁴¹⁶ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 192. Caio TÁCITO ressalta que a moralidade, “no campo da Administração Pública, tem como diretrizes o dever de boa administração, a garantia dos bons costumes e a noção de equidade no confronto entre o interesse público e o dos administrados” (TÁCITO, Caio. *Moralidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, out./dez. 1999, pp. 1-10).

⁴¹⁷ MOREIRA NETO, *Tendências ...*, p. 100. A “moralidade administrativa não se confunde com a moral comum”, pois “está vinculada à supremacia do interesse público sobre o privado, sendo a corrupção sua negação” (KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Ética no serviço público*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun.2000, p. 187).

⁴¹⁸ A nova redação do parágrafo 3º do artigo 37 da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional 19/98, ordena que o Congresso elabore lei de defesa do usuário de serviços públicos, disciplinando “as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: I- as reclamações relativas à prestação, dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II- o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII...”. A determinação constitucional atende ao “princípio da proteção do consumidor de serviços públicos, que, segundo Juarez Freitas, implica (...) o reconhecimento técnico e fático da vulnerabilidade dos usuários” (FREITAS, Juarez. *O controle social e o consumidor de serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 23, São Paulo, 1998, p. 24). Em atenção, a Secretaria de Administração formou uma Comissão de juristas, “tendo como relator o Prof. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes, que apresentou versão preliminar do Anteprojeto de Lei”, que propõe a criação, “no âmbito da União, do Conselho Nacional de Serviço Público, órgão consultivo do Poder Executivo, com a finalidade de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação de serviços públicos (...), propor

salientando, em boa hora, que o elenco apontado não prejudica aquele constante no código do Consumidor. Andou bem, pois o Poder Público, a cada passo, precisa ser visto como um fornecedor, na condição de prestador (direto ou sob concessão) de serviços públicos (...). Com efeito, configura direito do consumidor a adequada e eficaz prestação de serviços públicos em geral. Na dicção do art. 22 do Código, os órgãos públicos, por si ou por suas empresas concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros (...). Ainda no que concerne aos usuários, é de conferir a devida ênfase para os saudáveis mecanismos de alargamento da transparência, (...) bem como para o reforço à participação dos destinatários do serviço no processo controlador social da fidelidade aos princípios regentes da Administração Pública.”⁴¹⁹.

Conforme já ressaltado, as agências exercem competências que antes eram conferidas ao poder concedente e, desta forma, “deverão atuar no sentido de garantir a observância dos direitos dos consumidores, sancionando as empresas concessionárias quando estes forem violados”, sendo “importante que elas contem, em sua composição, com representantes dos consumidores”⁴²⁰. Ademais, Roberto PFEIFFER ressalta que as atribuições a elas conferidas “não excluem o importantíssimo papel que cabe aos órgãos e entidades do Sistema Nacional de Proteção do Consumidor”, devendo-se empreender uma “atuação conjunta” entre eles, “a fim de potencializar a proteção dos consumidores”⁴²¹. Nesse sentido, o art. 19 do Regulamento da ANATEL prevê sua articulação de sua atuação “com a do

critérios para a delegação dos serviços; estabelecer diretrizes de prestação, avaliação e aprimoramento dos serviços; ...”. Também é proposta a criação da Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público, para “receber e apurar as reclamações e denúncias relativas à prestação dos serviços”.(SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Proteção do usuário de serviços públicos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n. 31, abr./jun. de 2000, Editora Revista dos Tribunais, pp. 140-142).

⁴¹⁹ FREITAS, *Estudos ...*, pp. 38, 43-45.

⁴²⁰ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, n. 36, São Paulo, out./dez. 2000, p. 175.

⁴²¹ Idem, pp. 173-174. O autor destaca, dentre as sanções aplicáveis pelos órgãos do SNPC, a imposição de pena de multa (art. 56, I, da Lei 8.078/90) e a revogação da concessão ou permissão de uso (art. 56, VII, da Lei 8.078/90), mas que estas “sanções previstas serão aplicadas sem prejuízo das atribuições do órgão normativo ou regulador da atividade, sendo assim medida a ser utilizada caso tal órgão for omissivo na aplicação da sanção”, que “somente aperfeiçoa-se caso houver posterior confirmação pelo órgão regulador”. A aplicação do CDC ao setor de telecomunicações é ressaltada por Fiorati e Lehfeld, pois “a legislação específica (Lei nº 9.472/97), apesar de complexa e extensiva, não é suficiente para abranger todas as situações jurídico-econômicas decorrentes da relação usuário-prestadora de serviços”, havendo a “necessidade da aplicação de normas que venham a complementar (...) e propiciar à ANATEL melhores condições de fiscalização e regulamentação dos serviços de telecomunicações”, uma vez que “a utilização das normas do CDC constitui um alicerce legal extensivo e complementar” para a atuação da agência (FIORATI, Jete Jane; e LEHFELD, Lucas de Souza. *Os serviços de telecomunicações no Brasil e os direitos do usuário*. Revista de Informação Legislativa, n. 147, jul./set. 2000, p. 126).

Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (...), visando à eficácia da proteção e defesa do consumidor dos serviços de telecomunicações”⁴²².

O Código de Defesa do Consumidor também aplica-se às “atividades econômicas em sentido estrito” objeto de regulação pelas agências, dispondo os consumidores da proteção pela via administrativa, através dos órgãos do Sistema Nacional de Proteção do Consumidor e da participação institucionalizada nos órgãos reguladores, bem como dos instrumentos processuais previstos no Código para a “tutela jurisdicional dos seus interesses individuais, coletivos e difusos”⁴²³.

Nesse caminho, a Lei 9.478/97, que dispõe sobre as atividades relativas ao petróleo, determina a proteção dos interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 1º, inciso III) e o art. 4º, inciso XXXVI, da lei instituidora da ANS determina competir à agência “articular-se com os órgãos de defesa do consumidor visando a eficácia da proteção e defesa do consumidor de serviços privados de assistência à saúde, observando o disposto na Lei 8.078”.

Com base no exposto, conclui-se que os mecanismos que asseguram a participação popular permitem o controle social da atividade das agências, a partir da publicidade⁴²⁴ de seus atos, garantindo, mediante a participação institucionalizada e o acesso à via jurisdicional, a defesa dos interesses do consumidor, para o qual, enquanto pessoa, o Direito existe para valorizá-lo e “protegê-lo na sua ineliminável dignidade”⁴²⁵.

Portanto, o controle social contribui para a atuação eficiente das agências reguladoras, atendendo à necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização do setor regulado, a partir da verificação da observância dos demais princípios constitucionais, dentre eles a moralidade e a publicidade e permite, por outro lado, a defesa dos direitos dos consumidores.

⁴²² O dispositivo determina, inclusive, em seu parágrafo único, que a competência da agência prevalecerá sobre a de outras entidades ou órgãos destinados à defesa dos interesses e direitos do consumidor, que atuação de modo supletivo, cabendo-lhe com exclusividade a aplicação das sanções do art. 56, incisos VI, VII, IX, X e XI da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990”.

⁴²³ PFEIFFER, op. cit., p. 175.

⁴²⁴ “Erigido, na ordem constitucional brasileira, à condição de princípio constitucional explícito”, o princípio da publicidade é “inerente ao Estado Democrático de Direito” (SOUZA, Bernardo de. *A publicidade dos contratos da Administração Pública*. Interesse Público, n. 1, 1999, p. 62).

⁴²⁵ FREITAS, *O controle social...*, op. cit., p. 31.

CONCLUSÕES

A partir das considerações desenvolvidas neste estudo foi possível concluir que a recente Reforma do Estado visa reestruturar seu papel, deixando de atuar diretamente na execução de serviços públicos e na realização de atividades econômicas em sentido estrito, incentivando a assunção destas tarefas pelos particulares. Todavia, em razão da manutenção da titularidade dos serviços públicos e do princípio da supremacia do interesse público, as atividades econômicas em sentido amplo devem ser regulados, a partir da colaboração dos cidadãos que, face ao modelo da Administração Pública Gerencial que se adota, devem ser considerados verdadeiros “clientes”, e suas demandas, atendidas.

Para executar tal política de controle, apesar de já existirem outros entes com competência regulatória, somente com o surgimento recente das agências, a partir da edição de leis esparsas, são criadas entidades independentes, para regular setores específicos

Considerando o caráter normativo dos princípios constitucionais e a inclusão expressa do princípio da eficiência, por força da Emenda Constitucional nº 19/98, dentre os demais princípios que devem reger a Administração Pública, as agências reguladoras, integrantes da Administração Indireta, devem observá-los, embora a exigência de atuação eficiente do administrador não constitua inovação no ordenamento jurídico brasileiro.

No Estado Democrático de Direito, a atividade administrativa deve obediência a lei e aos interesses individuais, demonstrando-se a importância do princípio da legalidade, entendido a partir da submissão ao ordenamento jurídico como um todo; e da supremacia do interesse público sobre o particular, princípios que caracterizam o regime jurídico-administrativo e interagem com a delimitação do conteúdo jurídico da eficiência e dos demais princípios constitucionais, que interagem.

Desta forma, o princípio constitucional da eficiência, enquanto vinculante para a atuação da Administração Pública, deve ter seu conteúdo jurídico compreendido a partir da consideração de sua instrumentalidade, enquanto meio para a execução dos demais princípios constitucionais e para a busca do bem

comum, instituindo parâmetro para a atividade das agências reguladoras, adotadas no Brasil por influência do direito norte-americano.

As leis instituidoras atribuíram às agências a qualificação de autarquias sob regime especial, o que é caracterizado pelo maior grau de independência em relação ao Poder Executivo, se comparadas às autarquias clássicas. Diante da ausência de lei genérica que estabeleça os limites de autonomia, nota-se, a partir da análise dos diplomas legais específicos, que as agências possuem independência “decisória”, “de objetivos”, “de instrumentos” e “financeira”.

A independência decisória é conferida, de modo geral, a partir de mecanismos que buscam impedir injunções político-partidárias e de grupos econômicos envolvidos da atividade regulada: procedimento de nomeação dos dirigentes, com a indicação do Presidente da República, a partir da obediência de pré-requisitos técnicos, e aprovação pelo Senado Federal; direção e administração das agências a cargo de órgãos colegiados (Diretorias), constituídos por membros com mandatos não-coincidentes e dissociados do período eleitoral, permitindo a renovação periódica, o “pluralismo decisório” e afastando influências políticas do Executivo; garantia aos dirigentes de mandatos fixos, impedindo demissão desmotivada durante este período de estabilidade provisória, apesar de ocuparem cargos de provimento em comissão; regime de incompatibilidades para o exercício das funções pelos integrantes das agências; instituição do período de “quarentena” para evitar que o dirigentes, após o término de seu mandato, utilize-se de informações privilegiadas prestando serviços nos setores regulados pelas respectivas agências; e ausência de subordinação hierárquica aos Ministérios e ao Executivo. Tais fatores contribuem para que as agências cumpram o princípio da eficiência, na medida em que atuem executando decisões técnicas livre de influências do Executivo e de pressões econômicas dos setores regulados.

A independência de objetivos é constatada a partir da presença de objetivos em consonância com a busca do bem-estar do consumidor, o que contribui para a regulação eficiente pois atende-se ao princípio da supremacia do interesse público.

A independência de instrumentos caracteriza-se pela possibilidade de: controle sobre as tarifas e de mais contraprestações pecuniárias; pela possibilidade de edição de normas sobre o setor regulado; celebração de convênios com outros

órgãos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios para a fiscalização; e aplicação de sanções, dentre outros, que permitem às agências o regular exercício de suas competências.

A independência financeira relaciona-se com a disponibilidade de recursos materiais e humanos para que as agências possam realizar suas atribuições. Os recursos materiais são assegurados a partir das inúmeras fontes de receitas próprias, da transferência de patrimônio e da autorização para o Poder Executivo remanejar, transferir ou utilizar os saldos orçamentários dos Ministérios e outros órgãos para as despesas e dos orçamentos próprios. Em relação aos recursos humanos, as leis instituidoras prevêm cargos e empregos públicos, possibilidade de requisição de servidores da Administração Pública, dentre outras medidas. Tais previsões contribuem para a autonomia das agências, afastando problemas relacionados à falta de recursos e necessidade de interferências políticas, permitindo que as agências exerçam suas atribuições imunes a injunções de quaisquer ordem ou entraves provocados pela falta de verbas.

Além das formas de independência verificadas nos diplomas legais atinentes, a possibilidade da utilização de instrumentos mais céleres e simplificados para a aquisição de bens e a contratação de serviços pelas agências, a partir da adoção do pregão e da consulta, nos casos em que são admitidos, também contribui para uma atuação eficiente, na medida em que permite às agências contratar regularmente e concentrar-se na realização de suas finalidades precípuas.

A Emenda Constitucional 19/98 previu a possibilidade de se ajustar, entre o Poder Público e entidades da Administração indireta, a ampliação da autonomia e fixação de metas de desempenho mediante contrato. Desta forma, o contrato de gestão ou “acordo-programa” tem sido firmado entre os Diretores-Presidentes de cada agência e os respectivos Ministérios aos quais se vinculam, servindo como importante instrumento para o “controle de resultados” - em consonância com o modelo da Administração Pública Gerencial - uma vez que prevê metas específicas de desempenho e avaliações periódicas, inclusive responsabilizando os dirigentes pelo descumprimento.

Apesar de depender da edição de lei genérica prevendo as formas e limites de ampliação da autonomia, a aplicação dos contratos de gestão às agências

reguladoras contribui para sua eficiência, pois são previstas metas em consonância com os objetivos de busca do bem-estar do consumidor (“independência de objetivos”) e mecanismos para se avaliar a realização das metas, sendo de grande relevância a possibilidade conferida a cada agência para negociar com o respectivo Ministério as diretrizes específicas do setor regulado, bem como a revisão destas, para atender a novas demandas.

Por imposição constitucional, as agências reguladoras federais submetem-se ao controle financeiro exercido pelo Tribunal de Contas da União, pois empregam recursos públicos. Tal controle incide sobre as ações que impliquem dispêndio de recursos e fiscaliza os aspectos contábil, financeiro, orçamentário e patrimonial. A independência financeira é objeto de controle, mas este deve ser limitado, não podendo verificar aspectos da “atividade fim” da agência, que deve ter sua independência assegurada pelos mecanismos já vistos, enquanto premissa para sua atuação eficiente.

Outro aspecto relevante é a interação que pode ocorrer entre as agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, na repressão às práticas contra a ordem econômica. As agências tem a finalidade de zelar pela competição nos setores que fiscalizam, mas não têm competência para julgar as infrações daquela natureza. Assim, a coordenação de ações ocorre quando a agência constata “fatos que configurem ou possam configurar infração à ordem econômica”, comunicando-os à Secretaria de Direto Econômico do Ministério da Justiça, para que esta investigue e o CADE realize o julgamento. Esta integração contribui para a eficiência das agências pois disponibiliza mecanismo para melhor regular o mercado e exercer suas finalidades.

A legislação correlata atribui aos novos entes reguladores a competência para a resolução de conflitos de interesses entre as partes envolvidas na atividade regulada, o que ocorre mediante sessões públicas. Também existe a possibilidade de se realizarem audiências públicas, para a coleta de subsídios para as decisões. Diante da independência conferida pelo regime especial, tais decisões não podem ser objeto de recursos hierárquicos impróprios para os Ministérios. No entanto, os atos decisórios e todos os demais emanados das agências, por força do princípio da inafastabilidade do controle judicial, são passíveis de reexame pelo Poder

Judiciário, que deve analisar o atendimento da finalidade pública, elementos vinculados dos atos administrativos. Dada a instrumentalidade do princípio da eficiência, o controle judicial contribui para a atuação eficiente das agências, na medida em que os atos são tomados com a ciência da possibilidade de revisão, para verificar se a atuação atendeu ao interesse público, bem como aos princípios da moralidade, impessoalidade, legalidade e publicidade.

Da mesma forma, a competência para a resolução de conflitos também contribui para a atuação eficiente das agências, na medida em que as decisões são agilizadas e tomadas por agentes que mantêm contato direto com os agentes do setor regulado e dispõem de mecanismos para ouvir as demandas da população.

Por fim, os cidadãos podem exercer o controle “social” sobre a atividade reguladora, mediante a participação institucionalizada nos Conselhos Consultivos das agências, bem como através de mecanismos que garantem a publicidade do processo decisório (sessões e audiências públicas), da consulta pública, da instituição das ouvidorias, corregedorias e do exercício do direito de petição (art. 5º XXXIV, “a” da Constituição Federal). O controle social também pode se dar pela via judicial e contribui para a eficiência, pois, dentro da instrumentalidade deste princípio, incentiva a observância do princípio da moralidade administrativa e atende à necessidade de associar a participação dos usuários no controle e fiscalização das atividades reguladas, em atenção ao princípio da supremacia do interesse público.

Ao mesmo tempo em que permite fiscalizar a atuação das agências, o controle social também contribui para a defesa dos interesses dos consumidores, que participam da estrutura das agências ou recorrem ao Poder Judiciário, uma vez que o Código de Defesa do Consumidor também aplica-se às atividades reguladas e permite a proteção pela via administrativa dos órgãos do Sistema Nacional de Proteção do Consumidor em articulação com as agências.

Portanto, conclui-se que as agências possuem inúmeros mecanismos que podem contribuir para sua atuação eficiente, devendo observar, no exercício das prerrogativas e funções que lhes são inerentes, todos os demais princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRAÃO, José Carlos. *Princípio da eficiência*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 64.
- ABRANCHES, Sérgio Hudson de. *Reforma regulatória: conceitos, experiências e recomendações*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 2, abr./jun. 1999.
- AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle social de serviços públicos*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- ANATEL. URL: www.anatel.gov.br
- ANEEL. URL: www.aneel.gov.br
- ANP. URL: www.anp.gov.br
- ANVS. URL: www.anvs.gov.br
- ANS. URL: www.ans.gov.br
- ANA. URL: www.ana.gov.br
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Repensando o 'princípio da supremacia do interesse público sobre o particular'*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 24, 1998.
- AZEVEDO, Eurico de Andrade. *Agências reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 213, jul. set. 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. *Responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público*. Revista Interesse Público, São Paulo, n. 6, 2000.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Natureza jurídica e funções das agências reguladoras de serviços públicos. Limites da fiscalização e ser desempenhada pelo Tribunal de Contas do Estado*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 25/1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro; e TAVARES, André Ramos. *As tendências do Direito Público: no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BECHO, Renato Lopes. *Princípio da eficiência da administração pública*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 7, julho/1999.

BRAZ, Glória de Faria Alvim F. Pereira e BAPTISTA, Wagner Nogueira França. *Concessões de serviço público e sua fiscalização*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 1, janeiro/2000.

CARDOSO, Fernando Henrique. Prefácio. In: WALD, Arnaldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CÂMARA, Jacinto de Arruda; SUNDFELD, Carlos Ari. *Reforma das telecomunicações: o problema de implantação das novas redes*. Revista Interesse Público, São Paulo, n. 2, 1999.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho administrativo I*. Cuarta edicion ampliada y actualizada, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. *A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 219, jan/mar 1999.

CELLI JUNIOR, Umberto. *Contratos de gestão e o processo de abertura de capital das empresas de telecomunicações*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 206, out/dez. 1996.

CITADINI, Antonio Roque. *Controle externo da administração pública*. São Paulo: Max Limonad, 1995.

CONFORTO, Glória. *Descentralização e regulação da gestão de serviços públicos*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, vol. 32, n. 1, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. *Administração indireta brasileira*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Dicionário de direito administrativo*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUÉLLAR, Leila. *O poder normativo das agências reguladoras brasileiras*. Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Doutor em Direito do Estado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, dezembro/2000.

CUSTÓDIO FILHO, Ubirajara. *A emenda constitucional nº 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 66, agosto/1999.

DALLARI, Adilson Abreu. *Os poderes administrativos e as relações jurídico-administrativas*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *A Reforma Administrativa e os contratos de gestão*. Revista Licitar, São Paulo, ano 1, n. 4, out. 1997.

_____. *Contratos de gestão. Contratualização do controle administrativo sobre a administração indireta e sobre as organizações sociais*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, vol. 45-46, jan/dez. 1996.

_____. *Direito administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

_____. *O sistema de parceria entre os setores público e privado*. Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 9, set. 1997.

_____. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas*., 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *Participação popular na Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 191, jan./mar. 1993, pp. 26-39.

DELGADO, José Augusto; BARROSO, Luís Roberto; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Agências Executivas, agências reguladoras e organizações sociais: natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes*. 6º Seminário Nacional de Direito Administrativo, Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, n. 11, novembro 2000.

DUTRA, Pedro. *A fiscalização dos serviços públicos privatizados*. Rio de Janeiro: Gazeta Mercantil, 20/10/98, p. A-3.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. Revista Tributária e de Finanças Públicas, São Paulo, n. 35, nov./dez. 2000, pp. 143-158.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

FIORATI, Jete Jane e LEHFELD, Lucas de Souza. *Os serviços de telecomunicações no Brasil e os direitos do usuário*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 147, jul./set. 2000.

FREITAS, Juarez. *Estudos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *O controle social e o consumidor de serviços públicos*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 23, São Paulo, 1998.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo e. *A institucionalização do ombudsman no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 167, jan./mar. 1987.

GORDILLO, Agustin A. *Os contratos administrativos na hora atual*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, n. 08.

_____. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

HARGER, Marcelo. *Reflexões sobre o princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 217, jul/set. 1999.

HORTA, Raul Machado. *Poder Legislativo e monopólio da lei no mundo contemporâneo*. Revista trimestral de direito público, n. 3, 1993, pp.

JÈZE, Gaston. *Principios generales del derecho administrativo*. v. II, Buenos Aires, Editorial Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Algumas considerações acerca da concessão de serviço público*. In: MELLO, Celso Antonio Bandeira de (org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba: Direito Administrativo e constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos*. 7ª ed., São Paulo: Dialética, 2000.

_____. *Concessão de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

_____. *Empresa, ordem econômica e Constituição*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, nº 212, 1998.

_____. *Pregão: nova modalidade licitatória*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, nº 83, janeiro-2001.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *Ética no serviço público*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 220, abr./jun.2000.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MAJONE, Giandomenico. *Do Estado positivo ao Estado regulador: causas e consequências de mudanças no modo de governança*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 1, jun./mar. 1999.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Independência e autonomia da agência nacional de telecomunicações: imperativo legal e constitucional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 30, jan./mar. 2000.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Agências reguladoras e suas características*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, out/dez 1999.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Discricionariedade e controle judicial*., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: RT, 1968.

_____. *Discricionariedade e controle judicial*., São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

_____. *Serviço público e poder de polícia: concessão e delegação*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 20, 1997.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Aspectos da regulamentação dos serviços públicos*. Revista Forense, São Paulo, LXXXVII, v. 87.

_____. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MODESTO, Paulo. *Notas para um debate sobre o princípio da eficiência*. Revista Interesse Público, Curitiba, n. 7, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Reforma administrativa: emenda constitucional nº 19/98*., 3ª ed., São Paulo: Atlas, 1999.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, poder regulamentar e o sistema financeiro nacional*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, out/dez 1999.

_____. *Processo administrativo: princípios constitucionais e a lei 9.784/99*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de grau de mestre em Direito do Estado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública consensual: convênios, consórcios, e acordos de programa*. Teses do XXI Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 5 a 9 de novembro de 1995.

_____. *Administração pública gerencial*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Curitiba, n. 2, 1999.

_____. *A independência das agências reguladoras*. Boletim de Direito Administrativo nº 6, junho/2000.

_____. *Natureza jurídica, competência normativa, limites de atuação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro: Renovar, n. 215, jan./mar. 1999.

_____. *Tendências da administração pública*. In: *Direito administrativo na década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao prof. Cretella Junior* (coordenação de Antonio A Queiroz Telles, Edmir Netto Araújo), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Uma nova administração pública*. Revista de Direito Administrativo n. 220, abr./jun. 2000.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. *Agências reguladoras de serviços públicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre em Direito do Estado, Curso de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, maio/2000.

MUKAI, Toshio. *A reforma administrativa e o contrato de gestão*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, n. 18, julho-setembro 1998.

NIEBUHR, Joel Menezes. *Princípio da eficiência: dimensão jurídico-administrativa*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 70, dezembro/1999.

ORMOND, Derry; e LÖFFER, Elke. *A nova gerência pública*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 2, abr./jun. 1999.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *El nuevo servicio público*. In: *Princípios de derecho público económico (modelo de estado, gestión pública, regulación económica)*. Granada, 1999.

PEREIRA, José Matias. *Repensando a administração pública: o futuro do Estado de bem-estar*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 142, abr./jun. 1999.

_____. *Uma reforma gerencial da Administração Pública no Brasil*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 1, jan./mar. 1998.

PEREZ, Marcos Augusto. *As agências reguladoras no direito brasileiro: origem, natureza e função*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 23, 1998.

_____. *Privatização e contrato. O contrato como técnica de remodelação estatal*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, n. 7, ano 2, dezembro de 1995.

PESSOA, Robertônio Santos. *Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários*. Revista da Ordem dos Advogados do Brasil. Rio de Janeiro, v. 28, n. 67, jul./dez. 1998.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Serviços públicos concedidos e proteção do consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 36, out./dez. 2000.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95: conceitos e princípios*. São Paulo: Malheiros, 1999.

RAMOS, Marcelo de Matos. *Contratos de gestão: instrumentos de ligação entre os setores do aparelho do Estado*. Revista do Serviço Público, Curitiba, n. 2, mai./ago. 1997.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *A ANEEL e a desestatização dos serviços de energia*. Revista Trimestral de Direito Público, São Paulo, n. 19/1997.

_____. *Agências reguladoras*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 216, abr./jun 1999.

_____. *Proteção do usuário de serviços públicos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, n. 31, abr./jun. de 2000.

SOUZA, Bernardo de. *A publicidade dos contratos da Administração Pública*. Revista Interesse Público, São Paulo, n. 1, 1999.

STUBER, Walter Douglas. *O financiamento de projetos no Brasil e a lei de concessões*. São Paulo: Max Limonad, 1996.

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Princípio da publicidade administrativa: direito de certidão, vista e intimação*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 199, jan./mar. 1995.
- SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto de Arruda. *Reforma das telecomunicações: o problema da implantação das novas redes*. Revista Interesse Público, São Paulo, n. 2, 1999.
- TÁCITO, Caio. *Agências reguladoras da administração*. Revista de Direito Administrativo, n. 221, jul./set. 2000, pp. 1-5.
- _____. *A reforma do Estado e a modernidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, jan./mar 1999.
- _____. *Direito administrativo participativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 209, jul/set. 1997.
- _____. *O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 202, out./dez. 1995.
- _____. *Moralidade administrativa*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 218, out./dez. 1999.
- TÁCITO, Caio. *Transformações do direito administrativo*. Boletim de Direito Administrativo, n. 2, fevereiro/1999.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.
- VILLA, Jesús Leguina. *A constituição espanhola e a fuga do direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Curitiba, ano 2, n 6, set. 1995.
- VIOLIN, Tarso Cabral. *Agências reguladoras, suas contratações e respectivas licitações*. Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, nº 81, novembro/2000.
- WALD, Arnoldo; e MORAES, Luiza Rangel de. *Agências reguladoras*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 141, jan./mar. 1999.
- WALD, Arnoldo; WALD, Alexandre de Mendonça; e MORAES, Luiza Rangel de. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.